الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب الضمان والحوالة

٥١

دار العلوم
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

الفهرس ----- ۵
موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۱ ----- ۸
اشاره ----- ۸
اشاره ----- ۸
کتاب الضمان ----- ۱۲
اشاره ----- ۱۲
مسأله ۱ لا یشترط العلم بمقدار الدین ----- ۵۰
مسأله ۲ الضمان بضم الذمم ----- ۶۰
مسأله ۳ إذا أبرأ المضمون له ----- ۶۳
مسأله ۴ الضمان لازم ----- ۶۶
مسأله ۵ اشتراط الخیار فی الضمان ----- ۷۲
مسأله ۶ لو تبین کون الضامن مملوکا ----- ۷۶
مسأله ۷ ضمان الدین الحال حالا ومؤجلا ----- ۷۷
مسأله ۸ إذا ضمن الدین الحال مؤجلا ----- ۸۱
مسأله ۹ إذا مات الضامن فحل دینه ----- ۸۳
مسأله ۱۰ إذا ضمن الدین المؤجل حالا ----- ۸۵
مسأله ۱۱ إذا ضمن الدین المؤجل بأقل من أجله ----- ۸۸
مسأله ۱۲ إذا ضمن بغیر إذن المضمون عنه ----- ۹۰
مسأله ۱۳ إذا أدی الضامن رجع إلی المضمون عنه ----- ۹۴
مسأله ۱۴ لو أخذه المذمون له ثم وهبه ----- ۱۰۲
مسأله ۱۵ لو باعه أو صالحه بالأقل ----- ۱۰۵
مسأله ۱۶ إذا دفع المضمون عنه إلی الضامن ----- ۱۰۸
مسأله ۱۷ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنی ----- ۱۱۱
مسأله ۱۸ إذا ضمن تبرعا ----- ۱۱۴

مسأله ۱۹ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن ---- ۱۱۵
مسأله ۲۰ ضمان الدين بأقل منه ---- ۱۱۶
مسأله ۲۱ جواز الضمان بغير جنسی ---- ۱۱۹
مسأله ۲۲ الضمان بشرط الرهان ---- ۱۲۰
مسأله ۲۳ هل يفک الرهن بالضمان ---- ۱۲۴
مسأله ۲۴ اشتراط الضمان فی مال معين ---- ۱۲۶
مسأله ۲۵ لو أذن المولی لمملوکه فی الضمان ---- ۱۳۴
مسأله ۲۶ ضمان اثنين عن واحد ---- ۱۳۵
مسأله ۲۷ لو ضمن کل مديون صاحبه ---- ۱۴۳
مسأله ۲۸ هل يشترط علم الضامن ---- ۱۵۲
مسأله ۲۹ لو قال: علی ما تشهد به البينه ---- ۱۶۰
مسأله ۳۰ جواز الدور فی الضمان ---- ۱۶۴
مسأله ۳۱ لو کان المديون فقيرا ---- ۱۶۶
مسأله ۳۲ الضمان للحاکم عن من عليه الخمس ---- ۱۶۹
مسأله ۳۳ إذا ضمن فی مرض موته ---- ۱۷۲
مسأله ۳۴ إذا اعتبر مباشره المديون ---- ۱۷۴
مسأله ۳۵ ضمان نفقه الزوجه ---- ۱۷۷
مسأله ۳۶ جواز ضمان مال الکتابه ---- ۱۸۵
مسأله ۳۷ ضمان مال الجعاله ---- ۱۸۶
مسأله ۳۸ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه ---- ۱۹۱
مسأله ۳۹ ضمان درک الثمن للمشتری ---- ۲۰۰
مسأله ۴۰ لو ظهر بعض المبيع مستحقا ---- ۲۰۹
مسأله ۴۱ ضمان ما يحدثه المشتری ---- ۲۱۱
مسأله ۴۲ لو قال: ألق متاعک فی البحر ---- ۲۱۸
تتمه ---- ۲۲۶
اشاره ---- ۲۲۶

مسأله ۱ صور اختلاف المضمون له وعنه ---- ۲۲۷
مسأله ۲ لو اختلف الضامن والمضمون له ---- ۲۳۰
مسأله ۳ لو اختلفوا فی الإذن وعدمه ---- ۲۳۳
مسأله ۴ إذا أنکر الضامن الضمان ---- ۲۳۷
مسأله ۵ لو ادعی الضامن الوفاء ---- ۲۴۵
مسأله ۶ لو أذن المدیون لغیره فی وفاء دینه ---- ۲۴۷
کتاب الحواله ---- ۲۵۱
اشاره ---- ۲۵۱
مسأله ۱ المال المحال به عین أو غیرها ---- ۲۹۱
مسأله ۲ الحواله تبرئ ذمه المحیل ---- ۲۹۴
مسأله ۳ لا یجب قبول الحواله ---- ۳۰۰
مسأله ۴ الحواله لازمه ---- ۳۰۱
مسأله ۵ الحواله علی البریء ---- ۳۰۹
مسأله ۶ جواز اشتراط خیار الفسخ ---- ۳۱۲
مسأله ۷ جواز الدور والترامی ---- ۳۱۳
مسأله ۸ لو تبرع الأجنبی بإعطاء الدین ---- ۳۱۵
مسأله ۹ لو اختلفا ---- ۳۱۷
مسأله ۱۰ مطالبه العوض ---- ۳۲۵
مسأله ۱۱ ۱۲ ۱۳ ثلاث مسائل ---- ۳۳۱
مسأله ۱۴ لو اختلفا فی أنها حواله أو وکاله ---- ۳۳۳
مسأله ۱۵ لو بان بطلان البیع بعد الحواله ---- ۳۴۲
مسأله ۱۶ انفساخ البیع بالخیار بعد الحواله ---- ۳۴۶
مسأله ۱۷ لو أحال علی ما عند وکیله ---- ۳۵۳
المحتویات ---- ۳۵۶
تعریف مرکز ---- ۳۶۲

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۱

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الطبعه الثانيه

١٤٠٩ هـ ـ ١٩٨٨م

مُنقّحه ومصحّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع

العنوان: حاره حريک، بئر العبد، مقابل البنک اللبنانی الفرنسی

بيروت لبنان

ص:٢

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الضمان والحواله

دار العلوم

بيروت لبنان

ص:٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۴

كتاب الضمان

اشاره

كتاب الضمان

وهو من الضمن

كتاب الضمان

الكتاب بمعنى الجمع، ولذا يقال لمجموعه من المسائل المدونه كتاب، فالمراد المسائل المدونه فى باب الضمان.

{وهو من الضمن} كما فى المسالك وغيره، لأنه يجعل ما فى ذمه إنسان من المال فى ضمن ذمه أخرى.

قال فى الجواهر: أو لأن ذمه الضامن تتضمن الحق، فالنون فيه أصليه، فعلى الأول: يكون الملحوظ المظروف، وعلى الثانى: الظرف، فإن الذمه تضمن المال.

أما هل قيل له الضمان بملاحظه الذمه أو بملاحظه المال، احتمالان.

أما قول المستمسك فى رد المسالك فى كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء، فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً منه، فلم يظهر وجهه، إذ الأصل اشتقاق ذى الزائد من غيره لا بالعكس، ولا شك أن الضمان أزيد حرفاً من الضمن.

ص:۵

لأنه موجب لتضـمن ذمه الضامن للمال الذى على المضـمون عنه للمضـمون له، فالنون فيه أصـليه كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضى والمستقبل وغيرهما، وما قيل من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائده واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقاته

{لأنه موجب لتضـمن ذمه الضامن للمال الذى على المضـمون عنه للمضـمون له فالنون فيه أصـليه} كما قاله المسالك والجواهر وغيرهمـا، مثل الرهان والـدهان وغيرهما من الرهن والـدهن {كما يشـهد له سائر تصـرفاته} الـذى بمعناه {من الماضـى} فيقال: ضمنه {والمسـتقبل} فيقال: يضـمنه {وغيرهما} فيقال: اضـمنه، ولا يقال ضـمه ويضمه وضمه، فليس مثل الجنان والعنان من جنّ وعنّ وهكذا.

{وما قيل} والقائل به أكثر العامه.

قال فى المسالك: إنهم قالوا إن الضـمان غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين لاشتقاقه من الضم والنون فيه زائده، لأنه ضم ذمه إلى ذمه أخرى، فيتخير المضمون له فى المطالبه.

{من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائده} بخلافه على ما ذكرناه {واضح الفساد إذ مع منافاته لسائر مشتقاته} كما عرفت، وذلك دليل على عدم اشتقاق أحدهما من الآخر، إذ اللفظه الزائده فى كلمه لا تدور فى سائر المشتقات، مع أنا نرى دوران النون فى المقام، والاشتقاق الكبير لا يدل على وحده المعنى، فقول المستمسك: اللهم الاّ أن يكون المراد الاشتقاق الكبير، محل نظر.

لازمه كون الميم مشدده.

وله إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحواله والكفاله أيضاً فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعةً أو عملًا

{لازمه كون الميم مشدده} لما فى أصله، فإن الضمان بتخفيف الميم، بينما ضمّ بتشديد الميم، لكن لا يخفى أن هذا ليس دليلًا لكثره الحذف والتبديل فى الحروف الأصليه، نعم الأصل عدمهما.

{وله} أى للضمان {إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحواله والكفاله أيضاً} فيقال: ضمنه إذا قبل حوالته، كما يقال: ضمنه إذا كفله، كما يشمل معنى ثالثاً وهو تعهد أنه إن لم يدفع دفع عنه مما لا ينقل الذمه {فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس} ومعنى تعهد المال أن يعطيه، وتعهد النفس أن يحضرها، وإذا لم يحضرها تحمل الخساره، لكنه فى الشريعه لا يتحمل الحبس والجلد ونحوهما، بينما عند بعض الناس قديماً وحديثاً يتحملها أيضاً، فإذا لم يحضر مستحق القتل قُتل بدله.

{وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عيناً} بأن يعطى عينه {أو منفعةً} بأن يعطى بدل منفعته إذا لم يسلم المؤجر الدار إلى الأجير مثلًا، {أو عملًا} بأن يعطى قيمه العمل، كما إذا استأجر الأجير فضمن الضامن عمله، فإذا لم يعمل أعطاه قيمه العمل مثلًا.

والظاهر أن الأول: معنى لغوى يستعمله العرف العام أيضاً.

أما الثانى: فهو اصطلاح فقهى.

فالمراد بالضمان المقسم فى كلام المصنف أعم منهما، وكلاهما حقيقه فلا مجاز فى البين.

وهو المقصود من هذا الفصل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب، ويكفى فيه كل لفظ دال، بل يكفى الفعل الدال ولو بضميمه القرائن، على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثانى: القبول من المضمون له

وبذلك يظهر لك وجه النظر فى كلام جمله منهم.

{وهو المقصود من هذا الفصل} ولذا عرفه محكى المبسوط والوسيله بأنه إثبات مال فى الذمه بعقد.

أقول: وسيأتى الكلام فى صحه المعاطاه فيه، فالمراد بالعقد إما الأعم، أو على سبيل المثال، أو هو عند من لا يرى المعاطاه فيه.

{ويشترط فيه أمور:}

{أحدها: الإيجاب، ويكفى فيه كلّ لفظ دال} أما اشتراط الإيجاب فلأنه حتى يتحقق العقد، وبدون ذلك لا يكون عقد حتى يكون وفاء به، وأما كفايه كلّ لفظ فلإطلاق دليل العقد، ودليل الضمان بعد عدم دليل على الخصوصيه، ولذا قال: {بل يكفى الفعل الدال ولو} كانت الدلاله {بضميمه القرائن} الحاليه أو المقاليه الداله {على التعهد والالتزام بما على غيره من المال} فإن الفعل له الدلاله بواسطه القرائن على إنشاء العنوان، فيشمله الدليل، كما إذا سأل الدائن من يضمن الدين فأشار الضامن برأسه بالإيجاب.

ومنه يظهر صحه ذلك بالكتابه، كما ذكره بعض المعلقين.

أما قول السيدين البروجردى والجمال، واللفظ للأول: لو وجد فعل دال على ذلك على حد دلاله الألفاظ الداله عليه، لكن الظاهر أنه مجرد فرض. وتبعه بعض آخر، فلم يظهر وجهه، ولذا سكت على المتن السيد ابن العم، وأيده السيد الحكيم.

{الثانى: القبول من المضمون له} إذ ليس الضمان من الإيقاعات عرفاً

ويكفى فيه أيضاً كل ما دل على ذلك، من قول أو فعل، وعلى هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكروه ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه، بل يكفى رضا المضمون له سابقاً أو لاحقاً كما عن الإيضاح والأردبيلى

حتى يكون إمضاء الشارع للضمان موجباً لكفايه الإيجاب، بل هو من العقود فاللازم فيه القبول، هذا بالإضافه إلى أن صحه ذلك بدون قبول المضمون له تصرف فى أموال الناس، وهو خلاف «الناس مسلطون على أموالهم»((1)) الذى دل عليه النص والفتوى.

{ويكفى فيه أيضاً كلّ ما دل على ذلك من قول أو فعل} لما تقدم فى الإيجاب، وقد سبق فى بعض المباحث ما يفيد أنه لا دليل على كون الضامن موجباً والمضمون له قابلاً، بل يمكن العكس.

{وعلى هذا يكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب والقبول كذا ذكروه}، المحققان والعلامه والشهيدان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد أن الضمان عقد إجماعاً.

{ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه} أو الجائزه كالمضاربه.

{بل يكفى رضى المضمون له سابقاً} على الضمان {أو لاحقاً} أو مقارناً، إذ لا خصوصيه للسابق واللاحق {كما عن الإيضاح والأردبيلى} اختياره، بل

۱- البحار: ج۲ ص۲۷۳

يظهر من الشيخ فی الخلاف عدم لزوم رضی المضمون له فضلاً عن قبوله، واحتج علی ذلک بضمان أمیر المؤمنین (علیه السلام) ((۱)) وأبی قتاده دین المیت((۲))، ولم یسأل النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) عن رضی المضمون له.

أقول: وقد أوردهما فی الخلاف.

وروی درر اللئالی ــ کما فی المستدرک ــ عن جابر بن عبد الله، أن النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) کان لا یصلی علی رجل علیه دین، فأتی بجنازه فقال (صلی الله علیه وآله وسلم): «علی صاحبکم دین»، فقالوا: نعم دیناران، فقال (صلی الله علیه وآله وسلم): «صلوا علی صاحبکم»، فقال أبو قتاده: هما علی یا رسول الله، قال: فصلی علیه، قال: فلما فتح الله علی رسوله قال: «أنا أولی بالمؤمنین من أنفسهم، فمن ترک مالاً فلورثته، ومن ترک دیناً فعلیّ»((۳)).

وروی أیضاً، عن أبی سعید الخدری، قال: کنا مع رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) فی جنازه فلما وضعت، قال (صلی الله علیه وآله وسلم): «هل علی صاحبکم من دین»، قالوا: نعم درهمان، فقال (صلی الله علیه وآله وسلم): «صلّوا علی صاحبکم»، فقال علی (علیه السلام): «هما علی یا رسول الله، وأنا لهما ضامن»، فقام رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) فصلی علیه، ثم أقبل علی علی (علیه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱ الباب ۳ من أبواب أحکام الضمان ح۲

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱ الباب ۳ من أبواب أحکام الضمان ح۳

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱ الباب ۳ من أبواب أحکام الضمان ح۳، والمستدرک: ج۴ ص۴۹۸ الباب ۳ فی أحکام الضمان

السلام) فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»((۱)).

وعن الغوالی روایتهما بإجمال((۲)).

وفی روایه معاویه بن وهب التی رواها الوسائل عن الکافی، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): ذکر لنا أن رجلاً من الأنصار مات، وعلیه دیناران فلم یصلّ علیه النبی (صلی الله علیه وآله وسلم)، وقال: «صلّوا علی صاحبکم» حتی ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبد الله (علیه السلام): «ذلک الحق» الحدیث((۳)).

ومثله روایه الصدوق والشیخ((۴)).

وقد استدل الجواهر علی الرضا بوقوع الضمان، بأنه یدل علی وقوع الرضا باعتبار أن الضمان عقد مؤلف من الإیجاب والقبول، فالإخبار عنه إخبار عنه.

أقول: کما أنه لو قال: وقع النکاح أو البیع، دل علی الرضا من جانب القابل.

لکن فیه: إن احتیاج الضمان إلی الرضا أول الکلام، فالاستدلال بالضمان علیه أشبه بالمصادره، اللهم الّا أن یقال: إن الجواهر استند فی ذلک إلی صحیح

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۹۸ الباب ۳ من أبواب الضمان ح۳، وأیضاً الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱

۲- المستدرک: ج۳ ص۴۹۷ الباب ۲ من أبواب الضمان ح۳

۳- الفروع: ج۱ ص۳۵۳، الفقیه: ج۳ ص۵۹، التهذیب: ج۳ ص۵۵، الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۰ الباب ۲ فی الضمان ح۲

۴- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۰ الباب ۳ من أبواب الضامن ح۱

عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل یموت وعلیه دین فیضمنه ضامن للغرماء، فقال (علیه السلام): «إذا رضی به الغرماء فقد برأت ذمه المیت»((1)).

فإنه یدل علی أن لا ضمان إلّا بالرضا من الغریم، لا أنه ضمان لکن بدون الرضا، حتی یؤید استدلال الشیخ.

فما فی المستمسک من أن ظاهر اشتراط الرضا فی الجواب أنه أمر زائد علی الضمان، وأنه یتحقق وإن لم یرض المضمون له، وعلی هذا فوقوع الضمان لا یدل علی الرضا ولا علی القبول، غیر ظاهر الوجه، فإن المتفاهم عرفاً من مثل هذا الشرط أنه من باب تحقق الموضوع، فهو مثل أن یقال: ما تقول فی من تزوج امرأه، فقال: إذا رضیت لا بأس، ونحوه شائع.

أما ما ذکره المستمسک، من أن عدم سؤال الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) عن رضی المضمون له، فیه: إن عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا کما هو ظاهر، إذ من الجائز اطلاعه (صلی الله علیه وآله وسلم) علی حصول الرضا فلم یسأل عنه، ولذلک قیل إنه قضیه فی واقعه لا عموم فیها.

ففیه: إن المنصرف من الروایتین عدم حضور الدائن، فهما مثل ما رواه الکلینی، عن فضیل وعبید، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «لما حضر محمد

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۰ الباب ۲ من أبواب أحکام الضمان ح۱، انظر الفروع: ج۱ ص۳۵۵ وج۲ ص۳۴۰، والفقیه: ج۲ ص۶۰ و۳۸۰

ولا يعتبر القبول العقدى، بل عن القواعد وفى اشتراط قبوله احتمال

بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم: قد عرفتهم قرابتى ومنزلتى منكم وعلىّ دين فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك على، ثم سكت وسكتوا، فقال على بن الحسين (عليه السلام): علىّ دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعنى أن أضمنه أولاً، إلّا كراهه أن يقولوا سبقنا»((1)).

مما ظاهره أن المديون لم يكن حاضراً.

وكيف كان، حيث إن الصحيح يستفاد منه اشتراط الرضا، لابد وأن يحمل غيره مما دل على عدم اشتراط الرضا على غير الضمان اللازم، أى العرفى منه مما مهم المديون أن يتحمله إنسان، ولما يعلم الدائن بأن ماله لا يتلف يرضى غالباً، لأن المهم عنده المال، لا أنه من العقد الناقل لذمه المديون إلى الضامن، وأنه لازم على الضامن الوفاء، لأنه بدون الرضا من الطرف الآخر لا دليل على لزومه، فهو وعد يستحب وفاؤه، مثله مثل ما إذا قال إنسان: علىّ بناء هذا المسجد وما أشبه ذلك.

{و} حيث ثبت اشتراط الرضا نقول: يأتى الكلام فى الاحتياج إلى القبول علاوه على الرضا، فقد ذكر الإيضاح والأردبيلى أنه {لا يعتبر القبول العقدى} وكأنه للأصل بعد عدم دليل عليه {بل عن القواعد: وفى اشتراط قبوله احتمال} مما يدل على احتمال عدم شرطه، بل إنه أقوى بنظره.

١- الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح١، والروضه: ص٣٣٢

ويمكن استظهاره من قضيه الميت المديون الذى امتنع النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلى عليه حتى ضمنه على (عليه السلام)، وعلى هذا فلا

{ويمكن استظهاره} أى عدم اشتراط القبول {من قضيه الميت المديون الذى امتنع النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلى عليه حتى ضمنه على (عليه السلام)} وبهذا تكون أدله القائل بعدم اشتراط القبول الأصل والقضيه.

كما أن اشتراط دليله الإجماع المتقدم من جامع المقاصد على أنه عقد، ودليل سلطنه الناس، فإن نقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن _ وهو مال المضمون له _ خلاف سلطنته، فالناس مسلطون((١)) يمنع من ذلك، ولذا قال جامع المقاصد: لأن المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه.

وعليه فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، والأقرب الاشتراط، لأن الأصل لا يقاوم الدليل، والقضيه لا دلاله فيها على أنها من الضمان المصطلح، فهى مثل ما إذا امتنع شخص من تزويج بنته لزيد بحجه أنه لا يملك داراً، فتقول أنت: أنا أبيعه الدار، لأن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يصلّ من جهه عدم سد الدين، وبضمان على (عليه السلام) كان للدين أداء، وهذا هو المفهوم عرفاً من القضيتين.

{وعلى هذا ف_} العمده فى الدليل قاعده السلطنه.

{لا} يقال: كما يمكن فى الخارج نقل ملك زيد كأمواله بدون رضاه من

١- البحار: ج٢ ص٣٧٢

يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر فى قبولها، وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه إذ يصح الضمان التبرعى

مكان إلى مكان كذلك يمكن فى الذمه.

لأنه يقال: قاعده السلطنه تبين عدم التسلط التشريعى فلا يقاس بالتسلط التكوينى، فحال قاعده السلطنه حال سائر الواجبات والمحرمات حيث اللزوم، والمحذور فى العمل شرعاً لا تكويناً فيمكن اتخاذ المحارم زوجه تكويناً ولكنه لا يمكن شرعاً، إلى غير ذلك.

وبهذا تبين أنه لا مجال للاستدلال بأصاله عدم تسلط المضمون له على منع الضامن من النقل، إذ لا وجه لهذا الأصل بعد إطلاق دليل السلطنه.

وعليه {يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر فى قبولها} لأن الأدله الداله على تلك الأمور مطلقه شامله لكل عقد، ومنها هذا العقد.

نعم قد تقدم احتمال صحه أن يكون كلّ منهما موجباً، فلا يختص الإيجاب بالضامن، فربما ينقله الضامن ويقبله المضمون له، وربما ينقله المضمون له إلى ذمه الضامن ويقبله الضامن، وإن كان ظاهرهم كون الموجب هو الضامن.

{وأمّا رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه} كما هو المشهور، بل فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه {إذ يصح الضمان التبرعى} وإن كان ربما

فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه

يستشكل على ذلك لولا الإجماع بأن (إذ) ليس دليلاً شرعياً، بل هو شبه المصادره، بينما مقتضى الدليل الأولى عدم الصحه إلّا برضاه، حيث إنه تصرف فى ذمه المضمون عنه، فهو خلاف سلطنه الناس على أنفسهم، فكما لا يصح أن يملأ الإنسان ذمه الغير بدون رضاه كذلك لا يصح أن يفرغ ذمه الغير بدون رضاه، اللهم إلّا أن يقال: إن الإفراغ ليس تصرفاً، ولذا يصح إبراؤه بدون رضاه، بل مع كرهه وعدم إرادته.

ويؤيده ما تقدم من الروايات الظاهره فى عدم تحصيل رضى المضمون عنه عند الضمان، وإن كانت تلك الروايات فى الميت إلّا أن ذمته كانت مشغوله، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «وفك رهانك كما فككت رهان أخيك».

{فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه} وقد ورد فى بعض الروايات إعطاء الزكاه عن الغير، كما ورد الحج عن الميت.

{وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء} لدين الغير {أو الضمان عنه ضرراً عليه}، مثلاً المديون لا يأخذ منه الظالم الضريبه.

أما إذا لم يكن مديوناً أخذ منه ضريبه باهضه {أو حرجاً} وهو نفسى غالباً، ولذا قال: {من حيث كون تبرع هذا الشخص} أو أى شخص {لوفاء دينه منافياً لشأنه} عرفاً، أو يزعم هو كذلك بما يسبب حرجاً نفسياً عليه.

كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبى، وإن كان

{كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً} حيث يقع فى حرج نفسى، فدليل «لا ضرر»((1))، (وما جعل عليكم فى الدين من حرج)((2))، يقف دون صحه الوفاء، بل والإبراء، وكذلك الضمان عنه، إذ لو صحح تلك الأمور كان قد جعل الضرر والحرج.

وبذلك يظهر أن ما ذكره بعض المعلقين من أنه يصح الضمان وإن استلزم ضرراً وحرجاً غير ظاهر الوجه، إلاّ أن يقال: إن دليلهما لا يشمل مثل ذلك، كما لا يشمل مثل ما إذا فتح إنسان دكاناً قبال دكان إنسان آخر، حيث ذهب بعض المشترين إلى دكان الثانى، أو كان حرجاً نفسياً على الأول، فإن دليل الضرر والحرج لا يشمل مثل ذلك حتى يقال: بإن إجازه الشارع فتح الدكان للثانى منافيه لدليلهما، فاللازم عدم جواز فتحه، إذ يقال فى جوابه: إن دليلهما منصرف عن مثل ذلك.

هذا ولكن لا يخفى ما فى هذه المقايسه، إذ عمل الضامن والمعطى تصرف فى الغير بإفراغ ذمته، فالدليلان شاملان لذلك، بخلاف مثل فتح الدكان، فما ذكره الماتن وسكت عليه غالب المعلقين، كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وأيده المستمسك، هو الأوفق بالقواعد.

{الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبى، وإن كان

١- الكافى: ج٥ ص٢٩٢ الحديث ٨، والتهذيب: ج٧۴ ص١۴٧ الحديث ۶۵١

٢- المائده: الآيه ۵ و۶

مراهقاً، بل وإن أذن له الولی علی إشکال

مراهقاً} بلا إشکال ولا خلاف عندهم، بل دعوی الإجماع علیه مستفیضه، وذلک لما دل علی قصور الصبی عن التصرف فی ماله.

قال سبحانه: (وَابْتَلُوا الْیَتامی حَتَّی إذا بَلَغُوا النِّکاحَ فإنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ)((۱)).

وقال (علیه السلام): «لا یجوز أمر الغلام»((۲)).

إلی غیر ذلک مما ذکروه فی کتاب الحجر.

وحیث لا یصح له التصرف فی ماله لا یصح له التصرف فی ذمته، مثل الضمان والاشتراء نسیئه وما أشبه ذلک.

{بل وإن أذن له الولی} کما صرح بذلک غیر واحد، وذلک لأنه نوع تصرف فی المال، فیشمله أدله المنع، وإذن الولی لا یجعل غیر القابل قابلاً، بل شمول حق الولایه لمثل ذلک غیر ظاهر، کعدم شموله بالنسبه إلی المجنون {علی إشکال}، وقد سکت علیه غالب المعلقین.

وقال فی المستمسک: لانصراف أدله المنع عن نفوذ تصرفه عن صوره إذن الولی، بل لعل قوله تعالی:(وَابْتَلُوا الْیَتامی)((۳))، ظاهر فی صحه تصرفه بإذن الولی.

وکذا روایه السکونی، عن أبی عبد الله (علیه السلام): نهی رسول الله (صلی

۱- سوره النساء: الآیه ۶

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۴۳ الباب ۲ من أبواب الحجر ح۱

۳- سوره النساء: الآیه ۶

ولا ضمان المجنون إلا إذا كان أدوارياً فی دور إفاقته، وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً

الله عليه وآله وسلم) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت إلاّ أمه قد عرفت بصنعه يد، ونهی عن كسب الغلام الصغير الذی لا يحسن صناعه بيده فإنه إن لم يجد سرق»((۱))، انتهی.

ويؤيده ما ذكرناه فی باب المكاسب من أن ظاهر الآيه يقتضی جواز كسب الصغير مع كراهه إذا كان مميزاً وكان بإذن الولی، كما اختار الكراهه الشرائع، فلا مانع من ذلك فی المقام أيضاً، لأنهما من واد واحد، والمميز ليس كالصغير المسلوب عبارته حتی يكون كالمجنون، وتفصيل الكلام هناك.

{ولا ضمان المجنون} بلا إشكال ولا خلاف، بل دعاوی الإجماع عليه مستفيضه، وحيث إنه مسلوب العباره عند العقلاء لم يكن كالمميز فی اعتبار ضمانه بإذن الولی، إذ لا يدخل إيقاعه فی الأدله العامه، ومن أقسام الجنون العته، وكذا حال النائم والسكران الذی لا يشعر، ومن أشبههما.

أما صحه نكاح السكری، فقد عرفت الكلام فيه فی كتاب النكاح، {إلاّ إذا كان أدوارياً فی دور إفاقته} حيث إنه عاقل حينئذ، فتشمله الأدله، ولم أجد هنا من أشكل فيه، وإن كان بعضهم أشكل فی بعض معاملات الأدواری حال الإفاقه من جهه عدم الاطمينان بعقله أو ما أشبه، مما قد فصلناه مع رده هناك.

{وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً} حيث قد تقدم اعتبار رضاه، بل كونه طرف العقد، ومن المعلوم أنه لا اعتبار برضی وعقد غير البالغ إلاّ

۱-

وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً، نعم لا ينفع إذنهما فى جواز الرجوع بالعوض.

الرابع: كونه مختاراً، فلا يصح ضمان المكرَه.

برضى الولى فى المميز، كما لا اعتبار بهما بالنسبه إلى المجنون مطلقاً، وعليه فإذا ضمن لطفل أو مجنون كان مجرد وعد.

{وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك} رضاه وعقده، لما تقدم من أنه ليس طرف عقد الضمان، ولا دخل لرضاه فى الضمان.

نعم ما استثناه سابقاً يأتى هنا، مثل ما إذا كان ضرراً عليهما أو منافياً لشرفهما {فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً}.

{نعم لا ينفع إذنهما فى جواز الرجوع بالعوض} لما تقدم من عدم سلطنتهما، فلا اعتبار بإذنهما حتى يحق للضامن الرجوع إليها، على ما يأتى تفصيل الكلام فى الرجوع.

{الرابع: كونه} أى الضامن {مختاراً} فى ضمانه {فلا يصح ضمان المكرَه} كما ذكره غير واحد، بل عليه الإجماع منهم، لحديث نفى الإكراه المستفاد منه عدم صحه العقد الواقع عن إكراه، وقد ذكر تفصيل الكلام فى رفع الإكراه للعقد فى كتاب المكاسب، لكن حيث إنه امتنان ويكفى فيه رفع اللزوم كان مقتضى القاعده الصحه إذا رضى بعد ذلك، ويؤيده قوله (عليه السلام): «لم يعص الله، وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»((1))، وغيرهما مما فصل الكلام فيه هناك.

١- المستدرك: ج٢ ص٤٩٦ الباب ٣ من أبواب الحجر ح١

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه إلّا بإذن الولى، وكذا المضمون له، ولا بأس بكون الضامن مفلساً فإن ضمانه نظير اقتراضه

ومنه يعلم اشتراط أن لايكون المضمون مكرَهاً، أما المضمون عنه فلا إلا إذا كان من الاستثناء المتقدم فيه.

ولو زعم الإكراه ولم يكن كان بحكم الإكراه، ولو زعم عدم الإكراه وكان فهو بحكم عدم الإكراه، لأنه فى الأول لم يصدر عن رضى، وفى الثانى صدر عنه، والرضى وجوداً وعدماً هو المعيار.

{الخامس: عدم كونه} أى الضامن {محجوراً لسفه} أو عته أو ما أشبه، لما دل على حجرهم المانع عن صحه تصرفهم، والضمان تصرف فى المال، وإن فرض أن وقت الأداء يرتفع الحجر، لأن الاعتبار بحال العقد لا حال الإنجاز {إلا بإذن الولى} حيث إن السفيه ونحوه ليس مسلوب العباره كالمجنون، فإذن الولى كاف فى الصحه كما فى سائر معاملاته.

{وكذا المضمون له} لما تقدم من اعتبار رضاه وعقده، والحجر لا يدع مجالاً للرضا حتى ينقل وللعقد حتى يصح.

{ولا بأس بكون الضامن مفلساً} إذ الممنوع فى المفلس تصرفه فى ماله، لا فى ذمته، والضمان تصرف فى الذمه لا فى المال {فإن ضمانه نظير اقتراضه} ونظير إجاره نفسه للعمل، حيث إن إطلاق أدلتهما يشمل الاقتراض والإجاره، كما يشمل الصلح والمزارعه والمساقاه والمضاربه، وقد تقدم فى تلك الكتب الإشاره إلى ذلك.

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً لكن لا ينفع إذنه فی جواز الرجوع علیه.

السادس: أن لا یکون الضامن مملوکاً غیر مأذون من قبل مولاه علی المشهور، لقوله تعالی: (لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ)(۱)، ولکن لا یبعد صحه ضمانه، وکونه فی ذمته یتبع به بعد العتق، کما عن التذکره والمختلف

{وأما المضمون له فیشترط له عدم کونه مفلساً} فإن المفلس لا یتمکن من تصرف مالی، والمضمون له یتصرف تصرفاً مالیاً حیث یعقد عقداً مع الضامن بأن یدفع الضامن المال عن المضمون عنه إلی المضمون له، فقد نقل المضمون له المال من ذمه المضمون عنه إلی ذمه الضامن.

{ولا بأس بکون المضمون عنه سفیهاً أو مفلساً} لأنه لیس طرف العقد، ولا الضمان متوقفاً علی رضاه کما سبق.

{لکن لا ینفع إذنه} إذن المضمون عنه {فی جواز الرجوع علیه} لأنه نوع تصرف، وقد سبق أنه لا حق للمفلس فی التصرف فی ماله.

لکن ینبغی أن یقید ذلک بما ذکره السید البروجردی فی تعلیقه وتبعه غیره، قال: إنما لا ینفع إذن المفلس فی جواز الرجوع علیه حال حجره بالزائد علی نصیب المضمون له من أمواله، وأما الرجوع علیه حال الحجر بمقدار نصیب المضمون له، وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب إذنه فلا مانع منه.

۱- سوره النحل: الآیه ۷۶

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لى أبى، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا

ونفى القدره منصرف عما لا ينافى حق المولى، ودعوى أن المملوك لا ذمه له كما ترى، ولذا لا إشكال فى ضمانه لمتلفاته.

هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال فى صحه ضمانه، وحينئذ فإن عين كونه فى ذمه نفسه، أو فى ذمه المملوك يتبع به بعد عتقه أو فى كسبه فهو المتبع، وإن أطلق الإذن ففى كونه فى ذمه المولى، أو فى كسب المملوك، أو فى ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقاً برقبته وجوه وأقوال.

أوجهها الأول لانفهامه عرفاً، كما فى إذنه للاستدانه لنفقته، أو لأمر آخر، وكما فى إذنه فى التزويج حيث إن المهر والنفقه على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانه، بأن الاستدانه موجبه لملكيته وحيث إنه لا قابليه له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكيه فيه، مدفوعه بمنع عدم قابليته للملكيه، وعلى فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفى.

{السابع: التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لى أبى} ثم أذن له {أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا} ثم لم يف إلى ذلك الزمان {أو إن لم يف أصلاً} ولم يف حتى

أو إن لم يف أصلاً بطل على المشهور، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامه، إلا دعوى الإجماع فى كل العقود

مات مثلاً {بطل} الضمان {على المشهور} بل عن تمهيد القواعد الإجماع على عدم صحه التعليق فى العقود على الشرط، وعن الرياض فى مسأله ضمان الدين لا مؤجلاً، قال: وربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً، وهو غير جائز عندنا، مما يظهر منه الإجماع فى المسأله.

وقال فى المستمسك: الظاهر أنه من المسلّمات التى لا تقبل المناقشه والتأمل، وقد اختار قول المشهور غير واحد من المعلقين كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

{لكن لادليل عليه بعد صدق الضمان} عرفاً، فيتحقق بذلك الموضوع {وشمول العمومات العامه} فيثبت الحكم، وقد ذكرنا فى كتابى المزارعه والمساقاه أن الموضوع إذا تحقق فشمله(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1)) كان أحكام ذلك الموضوع الخاص مرتبه عليه، لأن (أوفوا بالعقود) يقول: أوف بكل عقد بعنوان أنه عقد خاص، لا بعنوان أنه عقد عام.

نعم، إذا لم يكن له عنوان خاص شمله (أوفوا) باعتبار أنه مطلق العقد، فلا يثبت له أحكام أحد العقود الخاصه، ولا يقف أمام هذا الدليل {إلا دعوى الإجماع} على إبطال التعليق {فى كل العقود} والتى منها الضمان، أو دعوى الإجماع فى الضمان بصوره خاصه، وقد تقدم وجود الدعويين

۱- سوره المائده: الآیه ۱

على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء، وفى الثانى ما لا يخفى

فالإجماع مانع عن التعليق فى الضمان بما أنه عقد وبما أنه ضمان أيضاً، فقد قام الإجماع {على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير} للأثر عن المؤثر، فكيف يمكن أن ينشأ العقد الآن ويترتب الأثر عليه فى المستقبل عند حصول الشرط.

{أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء} لأن الإنشاء إيجاد، والتعليق ضد الإيجاد، فالجمع بينهما كالجمع بين الضدين، وحيث لا يمكن الجمع لم يحصل الإنشاء فلا عقد.

وبهذا ظهر الفرق بين الدعويين، فالأولى ناظره إلى تخلف المعلول عن العله، والثانيه ناظره إلى الجمع بين المتنافيين.

{وفى الثانى ما لا يخفى} إذ لا منافاه بين الإنشاء والتعليق، فإن الإنشاء قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً مثلاً فى التكوين قد يقول الله سبحانه: كن الآن، وقد يقول: كن غداً، كما أن فى التشريع قد يقول المولى: اضرب الآن، وقد يقول: اضرب غداً، وأى فرق بين إنشاء الضرب وإنشاء الضمان. والمنافاه إنما تكون إذا وجد الآن ولم يوجد الآن، بينما ليس الأمر كذلك حيث يعتبر الآن وجود الشيء فى المستقبل، ولذا قال فى المستسمك: والسر فيه أن المعلق عليه الوجود اللحاظى لا الخارجى، فالإنشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك،

وفى الأول منع تحققه فى المقام، وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً لكنه معلق على أمر ذهنى لحاظى، لا على الأمر الخارجى الاستقبالى حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق.

أقول: ولذا تصح الإنشاءات المعلقه فى الأوامر والنواهى، كقوله للرسول: إذا وصلت إلى مكان فاقرأ كتابى.

وكذلك الحال فى الوصيه التمليكيه والنذر والعهد واليمين المعلق على شرط، إلى غير ذلك.

{وفى الأول منع تحققه} أى التأخير أو الإجماع {فى المقام}، إن كان المراد (التأخير) فمنعه لأن الأثر لا يتأخر عن المؤثر، إذ المؤثر إيجاده بعد الشرط، والأثر يكون عند ذلك الوقت، لأن الأمور الاعتباريه خفيفه المؤنه، ومثله فى المقولات الخارجيه لو رمى وبعد دقيقه وصل الرمى وقتل الطرف، فلا يقال: إن الرمى كان قبل دقيقه والقتل بعد دقيقه، فكيف أثّر المؤثر المتقدم الأثر المتأخر، وإن كان المراد (الإجماع) فمنعه لأنه لا إجماع فى المقام، وإن كان إجماع فى جمله من العقود، والأقرب إلى ظاهر عباره المصنف إرادته منع الإجماع.

{وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً} ولذا قال فى الرياض: إنه تأجيل دين حال لا ضمان معلق، وقد تبعه فى ذلك الجواهر، وأشار إليه قبلهما المسالك، وعليه فالضامن يضمن حالاً، وإنما يفى إذا أذن له أبوه، أو إذا لم يف المديون.

وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك، نعم فى المثال الثانى يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له.

{وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك}، لم يظهر وجه عدم المعقوليه، وإن سكت على المتن أكثر الأعاظم الذين وجدت تعليقاتهم كالساده ابن العم والجمال والبروجردى، إذ الوفاء شىء غير اشتغال الذمه، فالأول عمل خارجى والثانى تعهد ذمى، فقول (يقال) لا بأس به.

لكن يرد عليه: إنه وإن كان صحيحاً، لكن ليس فيه كلام، وإنما الكلام فى تعليق الضمان، وأنه لا دليل على منعه من عقل أو شرع.

وكان الأولى بالمستمسك أن يستشكل على الماتن بما ذكرناه لا بما ذكره بقوله: إشكاله ظاهر من ملاحظه الديون المؤجله، فإن الدين فيها مضمون فى الذمه حالاً والوفاء مؤجل، وسيأتى بيان جواز الضمان للدين الحال حالاً ومؤجلاً وهو إجماعى، انتهى.

{نعم فى المثال الثانى}: أنا ضامن إن لم يف المديون {يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له}.

لكن يرد عليه:

أولاً: إنه خلاف ظاهر العباره، فإنها مشتمله على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء.

وثانياً: إن سلم أنه صرح بذلك، يرد عليه أن مثل هذا الضمان يكون من ضم ذمه إلى ذمه، وقد تقدم أنه لا يصح على أصولنا، إذ الضمان عندنا نقل الذمه لا ضم الذمه.

لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضيه تعليقيه، إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدى والضمان اليدى.

وثالثاً: إنه بعد تسليم عدم تعلق التفكيك بين التعليقين كيف يمكن التفكيك فى هذا المثال.

ولذا أشكل على المتن الساده الحكيم والبروجردى والجمال وغيرهم ببعض ما ذكرناه.

وبذلك يظهر وجه النظر فى قوله: {لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الأعيان المضمونه، إذ حقيقته} أى حقيقه الضمان فى الأعيان المضمونه {قضيه تعليقيه} فهو مثل أن يقول: المودع للودعى إذا تلف فأنت ضامن، أو يقول المالك للمستعير: إذا تلف فأنت ضامن فكما يصح فيهما تعليق الضمان بالتلف ولا مانع، كذلك المقام.

{إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدى} الذى هو ما نحن فيه فلا يصح فيه التعليق {والضمان اليدى} كالمثالين فيصح فيه التعليق، وجه الفرق أن الضمان العقدى إنشائى، وقد تقدم عدم معقوليه التعليق فى الإنشاء كما ذكروا، بخلاف الضمان اليدى فهو حكم شرعى غير إنشائى إذ الشارع حكم بقاعده اليد بالضمان لمن وضع اليد على مال الغير بلزوم إعطائه المثل أو القيمه لدى التلف، لكنه رفع الضمان فى الوديعه والعاريه إلا مع التفريط، إذا أطلقنا بأن عقدا العاريه والوديعه بدون شرط.

الثامن: كون الدين الذى يضمنه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه

أما مع الشرط فيرجع الأمر إلى قاعده اليد، وعليه فليس الضمان فيهما إنشاءً بل جعلًا من الشارع، وعليه فلا مجال لقوله: (لأنه يصدق)، إذ الصدق العرفى المسامحى لا يوجب صحه المستحيل الذى هو تعليق الإنشاء، على فرض استحالته كما هو مبنى المصنف (رحمه الله).

ثم إنك قد عرفت صحه التعليق فى الإنشاء، والإجماع على منعه مناقش فيه صغرى وكبرى، فمقتضى الصناعه صحته، هذا بالإضافه إلى أنه يمكن تصحيح ما أفاده (قدس سره) بأن معنى هذا الضمان التعليقى هو بمعنى تعهد ما فى ذمه الغير فيشمله (أوفوا بالعقود) لا بمعنى الثبوت فى الذمه، فما ذكره (رحمه الله) قسم آخر من الضمان.

وعليه فالضمان فى مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس معناه النقل إلى الذمه، ليرجع الأمر إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما فى ذمه الغير، فمثله مثل تعهد العين الخارجيه، وعليه فلا تعليق فى الضمان حقيقه، بل الضمان فعلى، وأثره الانتقال إلى الذمه على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن الحال كذلك فى ضمان العين الخارجيه على تقدير تلفها، فهو يضمن الآن وأثره الانتقال إلى الذمه بإعطاء مثل العين أو قيمته على تقدير تلف العين الخارجيه مثلًا.

وحيث إن الضمان بهذا المعنى أمر عقلائى لم يردع عنه الشرع صح، ولزم إذا بنيا عليه من باب: (أوفوا بالعقود) ونحوه، لما عرفت مكرراً من شموله لمثل ذلك.

{الثامن: كون الدين الذى يضمنه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه} كما ذكره

سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين فى البيع الخيارى، كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشترى أو المبيع الشخصى قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك

المشهور، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه، {سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين فى البيع الذى لا خيار فيه} والصلح وغير ذلك {أو متزلزلاً- كأحد العوضين فى البيع الخيارى} وكل دين متزلزل {كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشترى} كلياً فى الذمه.

أما قوله: {أو المبيع الشخصى قبل القبض، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك} فالظاهر أنه أراد المثال بالشخصى، وإلّا فالمبيع الشخصى والمهر الشخصى ونحوهما ليس من المقسم الذى هو قوله: (كون الدين) فإن العين الخارجيه ليست ديناً.

وقد تبع فى ذلك الشرائع والقواعد وغيرهما، قال الأول: الثانى فى الحق المضمون وهو كل مال ثابت فى الذمه، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، انتهى.

ولذا قال المستمسك: المبيع الشخصى قبل القبض مضمون بضمان المعاوضه، يعنى بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله آناًما.

أقول: كما صوره الشيخ المرتضى (رحمه الله) جمعاً بين الدليلين.

وليس مضموناً بضمان اليد، فلا يكون مضموناً فى ذمه البائع، والضمان بهذا المعنى

فلو قال: أقرض فلانا كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئه وأنا ضامن، لم يصح على المشهور، بل عن التذكره الإجماع قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو على، لم يصح إجماعاً،

حكم شرعى لا يقبل الإسقاط، ولا يمكن نقله إلى غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد، نعم إذا أتلفه البائع كان ضامناً له، لكنه بالإتلاف لا باليد.

نعم يصح المهر مثالاً إذا كان كلياً فى الذمه، أما إذا كان شخصياً أو كلياً فى المعين أو مشاعاً فليس ذلك من أمثله المقام.

ومما تقدم يظهر حال الأجره الكليه، سواء فى إجاره الأعيان أو الأشخاص وغيرهما.

وعلى ما ذكرناه من لزوم كونه ديناً فى ذمه المضمون عنه {فلو قال: أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئه وأنا ضامن} أو بعه سلفاً وأنا ضامن، أو ما أشبه ذلك مما لم يثبت فى الذمه بعدُ {لم يصح على المشهور، بل عن التذكره الإجماع} بل هو مقتضى نفى الخلاف فى المبسوط، كما يظهر من عباره مفتاح الكرامه فى شرح هذا الشرط من القواعد.

{قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو على، لم يصح إجماعاً} أقول: إن تم الإجماع المذكور يلزم أن يقال: إنه لو كان المعطى مغروراً كان له الرجوع إلى غاره، لا من باب الضمان بل من باب الغرور، أو من باب أنه معامله جديده، فيشمله: (أوفوا بالعقود).

ولكن ما ذكروه من الشرط ينافى جمله من الفروع الآتيه، ويمكن أن يقال بالصحه إذا حصل المقتضى للثبوت، وإن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان

{ولكن ما ذكروه من الشرط ينافى جمله من الفروع الآتيه} كما سيأتى فى المسأله السابعه والثامنه والثلاثين، وكأنه أخذه من السيد العاملى (رحمه الله) حيث قال: وقد جوزوا ضمان أشياء كثيره ليست ثابته فى الذمه، كضمان الأعيان المضمونه وضمان العهده ونقصان الصنجه وغير ذلك، فهى إما مستثناه أو الشرط أغلبى.

{ويمكن أن يقال بالصحه إذا حصل المقتضى للثبوت} كما إذا ضمن نفقه زوجه زيد بعد الزواج، حيث إن المقتضى موجود {وإن} لم يأت بعد وقت وجوب النفقه و{لم يثبت فعلاً} حين الضمان، {بل مطلقاً} وإن لم يكن المقتضى موجوداً وقت الضمان، كما إذا امتنعت المرأه عن قبول فلان زوجاً لاعتقادها أنه لا يدفع المهر أو النفقه، فضمن إنسان لها ذلك، أو امتنع عن عقد الإجاره أو البيع بزعم عدم إعطاء المستأجر والمشترى وجه الإجاره والثمن فضمنهما، حيث يصح الضمان وإن لم يثبت المقتضى أصلاً، وإنما يصح الضمان.

{لصدق الضمان} عرفاً مما يحقق الموضوع، فيشمله إطلاقات أدله الضمان:

مثل ما رواه حسن بن خالد، فيما رواه الكلينى والشيخ، قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على

وشمول العمومات العامه وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»((۱)).

فإنه شامل لمثل أكل المشترى والزوج والمستأجر المال، كما تقدم فى الأمثله المتقدمه.

ومثل ما رواياه عن عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»((۲)).

{وشمول العمومات العامه} مثل:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((۳)) و)تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)((۴))، بعد أن عرفت أنهما شامله لغير العقود المصطلحه أيضاً.

{وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم} لما عرفت من أنه تضمن ذمه الضامن للمال الذى على المضمون عنه للمضمون له، والمفروض أنه ليس فى المقام ذمه مشغوله.

{بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً} بتقريب أن المراد بالمال الذى على المضمون عنه، أعم من المال الذى عليه الآن أو عليه فى المستقبل، سواء كان له مقتض الآن أو لم يحصل بل مقتضيه فى المستقبل، ولذا يسمى بضمان ما لم يجب.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۴۹ الباب ۱ من أبواب الضمان ح۱، والتهذيب: ج۲ ص۶۵، الفقيه: ج۲ ص۳۰

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۳ الباب ۶ من أبواب أحكام الضمان ح۱

۳- المائده: الآيه ۱

۴- النساء: الآيه ۲۹

التاسع: أن لا يكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثانى الكفاله والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص

لكن لا يخفى أن دخوله فى التعريف خلاف ظواهرهم، بل تصريحاتهم، فهو ضمان بالمعنى اللغوى والعرفى، ويشمله دليل الضمان والأدله العامه.

{التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم} من الكفاله والحواله والضمان بالمعنى الأخص {حيث قالوا إنه} الضمان بالمعنى الأعم {بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثانى الكفاله والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص} المعنون فى كتاب الضمان، قال فى الشرائع: هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثه أقسام.

وقال فى الجواهر: التعهد بالنفس وهو الكفاله، والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الأخص الذى يدخل فيه ضمان الأعيان، بناءً عليه، وممن عليه له مال وهى الحواله، انتهى.

ومثله قال غيرهما، كالقواعد وشرحه.

لكن لا دليل على هذا الشرط، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً

{ولكن لا دليل على هذا الشرط} كما لا دليل على عدم صحه الحواله على البرىء، كما ذكره المسالك والجواهر، فإنه بعد صدق عنوان الضمان على فاقد هذا الشرط، وعدم وجود دليل خاص عليه لا وجه لاشتراطه، فيشمله دليل الضمان وعمومات الوفاء بالعقد((١)).

{فإذا ضمن} الضامن {للمضمون عنه بمثل ما له} للمضمون عنه {عليه} على الضامن {يكون ضماناً} عرفياً وشرعياً له أحكامه، {فإن كان} ضمانه عنه {بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان} لأن أحدهما لا يطلب شيئاً من الآخر، والتهاتر أمر عرفى لم يردع عنه الشارع ولو بزياده شرط أو ما أشبه، فلا يقال: إن التهاتر خلاف الأصل.

{وإلا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه} على الضامن للأصل بعد عدم أدائه، وعدم صلاحيه ضمانه وعطائه لإسقاطه، إذ لا دليل على الإسقاط.

{وتفرغ ذمته} ذمه المضمون عنه {مما عليه بضمان الضامن تبرعاً} إذا لم يكن من الموارد التى يشترط الضمان فيها برضى المضمون عنه كما تقدم.

١- المائده: الآيه ١

وليس من الحواله، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حواله، ومع الإغماض عن ذلك غايه ما يكون أنه يكون داخلاً فى كلا العنوانين

{وليس} هذا {من الحواله، لأن المضمون عنه على التقديرين} تقدير إذنه وتقدير عدم إذنه {لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حواله} لوضوح أن الحواله لا تتحقق إلا بالإحاله.

{ومع الإغماض عن ذلك} بأن قيل بصدق الحواله، وإن لم يحل المضمون عنه دائنه على الضامن {غايه ما يكون أنه يكون داخلاً فى كلا العنوانين} عنوان الحواله وعنوان الضمان، كما ذكره المسالك وغيره، فلا حاجه إلى هذا الشرط التاسع فى الضمان ليفترق عن الحواله فى المورد المذكور، قال فى المستمسك: والذى يتحصل الإشكال على الأصحاب من وجوه:

الأول: إن الحواله لا تختص بالمديون للمحيل، بل تصح على البرىء، على قول يأتى.

الثانى: الضمان لايختص بالبرىء، فإنه لا دليل على ذلك، والعمومات تنفيه فيصح من المديون.

الثالث: إن الفرق بين الحواله والضمان فى نفس المفهوم، فإن الحواله متقومه بالمحيل والمحال، بل والمحال عليه، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له، ولا يتوقف على رضى المضمون عنه، فالمتصدى فى الضمان الضامن، والمضمون له تابع له، والمضمون عنه أجنبى عنه، والمتصدى فى الحواله المحيل، والمحال والمحال عليه تابعان له، فالفرق بين الحواله والضمان فى المفهوم

فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

كالفرق بين البيع والرهن، وليس الفرق بينهما فى حدود المفهوم كالفرق بين النقد والنسيئه مثلاً، انتهى.

أقول: وجه التبعيه لهما فى الحواله ولأحدهما فى الضمان أن فى الحواله إنسان يرسل شخصاً على شخص ليأخذ منه المال، فالمرسول والمرسول إليه يلزم رضاهما، وإلا فالمرسول لا يذهب والمرسول إليه لا يقبل، بخلاف الضمان، فإنه يضمن للدائن، فاللازم قبول الدائن، ولا ربط للأمر بالمديون، إلا فيما كان عسراً ونحوه للمديون كما تقدم، فأصل مفهوم الحواله يخالف مفهوم الضمان، لا أن المفهوم الواحد يختلف حدوده فى هذا عن ذاك، ليكون مثل النقد والنسيئه حيث كلاهما بيع إلا أن حد أحدهما التعاطى الآن، وحد الآخر إعطاء أحدهما الآن وإعطاء الآخر بعد مده.

ثم على تقدير أن يكون الفرق بين الحواله والضمان فى نفس المفهوم، لا فى حدود مفهوم واحد، فقد يقصد المتصدى هذا المفهوم وقد يقصد المفهوم الآخر وإن كانت النتيجه واحده، فقوله: داخلاً فى كلا العنوانين، إن أراد إمكان تطبيق كليهما عليه باعتبار قصده لهذا تاره ولذلك أخرى، لم يكن به بأس، وإن أراد الصدوق الخارجى فى وقت واحد منع ذلك، إذ كيف يجتمع مفهومان متنافيان على مصداق واحد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله: {فيترتب عليه ما يختص بكل منهما، مضافاً إلى ما يكون مشتركاً}، بل اللازم أن يترتب عليه آثار ما قصده المتصدى من الضمان أو الحواله، ولذا أشكل عليه (رحمه الله) جمله من المعلقين.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان، ويكفى التميز الواقعى وإن لم يعلمه الضامن، فالمضر هو الإبهام والترديد

{العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان} إذ بدون ذلك لا قصد فلا عقد فإن العقود تتبع القصود، أما الاستدلال على ذلك بلا خلاف فيرد عليه إن جمله من الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الشرط، كما أن لا خلاف لا يكون مستنداً، فالمهم صدق الضمان عرفاً وقصده، إذ مع عدم الصدق لا ضمان، ومع عدم القصد لا يتحقق (عقود كم) المستفاد من (أوفوا بالعقود).

{ويكفى التميز الواقعى وإن لم يعلمه الضامن} إذ لا دليل على غير ذلك بعد شمول العمومات لما كان متميزاً وإن لم يعلمه الضامن.

وعليه {فالمضر هو الإبهام والترديد} وقد استدل له فى المستمسك بأن المبهم لا خارجيه له فلا ينطبق على فرد بعينه، فلا يترتب عليه الأثر، لأن الأثر للموجود المتعين الخارجى دون غيره، انتهى.

لكن يمكن أن يقال إن قوله: (فالمضر) غير مترتب على ما ذكره من الدليل على هذا الشرط بقوله: (على وجه)، إذ المهم كما عرفت الصدق والقصد، وليس الإبهام والترديد مما يضر ذلك دائماً.

وما استدل به المستمسك غير ظاهر، فإن المردد لا خارجيه له بعنوان فرد خاص لا بعنوان الجامع، وعنوان الجامع كاف فى الصدق والقصد، ولذا يصح أن يوصى لزيد بأحد الشيئين، أو بأن يعمل له أحد العملين، كما يصح بيع الكلى والكسر المشاع وما أشبه ذلك

فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد

مع أنه لا خارجيه له، وحتى الكلى فى المعين لا خارجيه له، فإن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

وعلى هذا يشكل الفروع التى فرعها على الدليل المتقدم، أى (على وجه) إلخ.

كقوله: {فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقق الدينين}، فأى مانع من الصحه بعد شمول الإطلاق له وقصده، حيث إنه أمر عقلائى، فلو طلب منه مناً من الحنطه ومناً من الشعير فضمن أحدهما كلف بإعطاء أحدهما، ولا محذور فيه عقلاً وشرعاً لتوفر الموضوع _ أى الضمان عرفاً _ وقصده حين العقد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله: {ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد} بل ولو لاثنين {ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد} بل ولو على اثنين.

بل ويصح ضمان أحد الشخصين بأن يقول زيد وعمرو: إن أحدنا يضمن دين زيد على عمرو، فيكون كالواجب الكفائى إن قام به أحدهما سقط عن الآخر، وإلا لزم أحدهما به، وكل إشكال يمكن إيراده على ذلك يجاب عنه بما يجاب به عن الإشكال على الواجب الكفائى، هذا ومع ذلك فالمسأله بحاجه إلى تأمل أكثر.

ولو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو. أو الدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً، وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس.

ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما

{ولو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو} صح حتى بناءً على الشرط المذكور {أو الدين الذى لفلان، ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً} وقد قصده مما تم به العقد والقصد.

ومنه يعلم صحه أن يقول زيد وعمرو: ضمن أحدنا الأكبر سناً دين بكر على خالد، بعد كونه متعيناً واقعاً.

ولو لم يمكن كشف الواقع فى الفروع الثلاثه كان اللازم إجراء قاعده العدل أو القرعه، وقد تقدم فى بعض المباحث السابقه أن العدل مقدم على القرعه فى الماليات، لأن قاعده العدل لا تدع إشكالا حتى يتحقق موضوع القرعه، على تأمل.

{وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس} أو على أحد هذين {أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس} أو ما كان عليك لأحد هذين، إلى غير ذلك من الأمثله.

{و} مما تقدم من صدق الضمان وقصده يظهر أنه {من الغريب ما عن بعضهم} كالمبسوط والمفاتيح وغيرهما {من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما} وإن لم تكن معرفه شخصيه.

مع أنه لا دليل عليه أصلاً

قال فی محکی المبسوط: یشترط معرفه المضمون له لیعرف هل هو سهل المعامله أم لا، ومع انتفاء ذلک یتطرق الغرر، ومعرفه المضمون عنه لینظر هل یستحق ذلک أم لا.

وأضاف فی المفاتیح: أنه لولا المعرفه کان ضرراً أیضاً.

وعن المختلف اشتراط معرفه المضمون عنه دون المضمون له.

خلافاً للخلاف حیث حکی عنه أنه قال: لیس من شرط الضمان أن یعرف المضمون له والمضمون عنه، وقد نقل عدم الاشتراط مفتاح الکرامه عن جماعه آخرین، بل الظاهر أنه المشهور.

وعن التذکره لایشترط معرفه المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عمن لا یعرفه صح ذلک عند علمائنا.

وکیف کان، فقد استدل علی عدم الشرط بعموم(أَوْفُوا)((۱))، وببعض إطلاقات الضمان، وبما تقدم فی حدیثی أبی قتاده وأمیر المؤمنین (علیه السلام)((۲))، بتقریب أنهما یدلان علی الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله، حیث لم یسأل (صلی الله علیه وآله وسلم) أمیر المؤمنین (علیه السلام) ولا أبا اقتاده عن المیت، ولا صاحب الدین، فیدل علی أنه لیس من الشرط معرفتهما.

أقول: الروایتان لا دلاله لهما، لأن الواقعه مجمله فلا دلاله لها، کما أشار بذلک غیر واحد، {مع أنه لا دلیل علیه أصلا} بل الدلیل علی خلافه، وهو بناء العقلاء، ویشمله إطلاق الأدله.

۱- المائده: الآیه ۱

۲- انظر الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱ الباب ۳ ح۲ و۳

ولم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائره من سائر العقود.

{و} يؤيده أنه {لم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائره من سائر العقود}، كأنه لأجل كثره تقييداته، مثل انقسامه إلى الأقسام الأربعه: النقد والنسيئه وغيرهما، وإلى بيع الصرف وبيع الثمار، وإلى غير ذلك مما ليست سائر العقود بتلك التضيقات.

ووجه التأييد أنه إذا كان البيع مورد العنايه الأكثر ولم يذكر فيه هذا الشرط، فعدم اشتراطه فى غيره بطريق الفحوى والأولويه.

ص:۴۲

مسأله ۱ لا یشترط العلم بمقدار الدین

(مسأله ۱): لا یشترط فی صحه الضمان العلم بمقدار الدین ولا بجنسه، ویمکن أن یستدل علیه مضافاً إلی العمومات العامه وقوله (صلی الله علیه وآله وسلم): «الزعیم غارم»،

(مسأله ۱): {لایشترط فی صحه الضمان العلم بمقدار الدین ولا بجنسه} کما هو المشهور شهره عظیمه، خلافاً لجماعه یأتی ذکرهم، حیث اشتراطوا العلم.

وینبغی أن یقال: إنه إذا کان بدون العلم غرریاً یشترط لإطلاق نفی الغرر((۱))، وإذا لم یکن غرریاً لم یشترط للإطلاق.

{ویمکن أن یستدل علیه} علی عدم الاشتراط {مضافاً إلی العمومات العامه} سواء العموم فی أدله الضمان کما تقدم فی بعض المسائل، أو فی العمومات العامه، مثل (أوفوا بالعقود) و(تجاره عن تراض) ونحوهما.

{وقوله (صلی الله علیه وآله وسلم): «الزعیم غارم»((۲))} کما استدل به فی جامع المقاصد، فإن إطلاقه یشمل المقام، والإشکال علیه بما فی المستمسک من أنه غیر ثابت من طرقنا، بل المروی فی خبر الحسین بن خالد تکذیبه، غیر ظاهر، إذ یکفی روایته فی مثل جامع المقاصد وغوالی اللئالی ودرر اللئالی، وما أکثر الروایات المرویه فی کتب الفتاوی.

وخبر الحسین بن خالد لا یکذبه، قال: قلت لأبی الحسن (علیه السلام): جعلت فداک، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «لیس علی غرم، الغرم

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب ۴ من أبواب التجاره ح۱۲

۲- المستدرک: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۱ من أبواب الضمان ح۲

بضمان على بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (عليه السلام)

على من أكل المال»((١)).

وظاهره أن المراد كون الضامن يرجع إليه لا أنه ليس بغارم.

واستدل له فى المسالك بقوله تعالى:(وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعيم)((٢))، مع اختلاف كميه الحمل.

أقول: لا يخفى اختلافها فى الجمله، فرد المستمسك بأنه كميه خاصه غير ظاهر الوجه، ويتم ذلك بضميمه استصحاب الشرائع.

{بضمان على بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (عليه السلام)}.

ففى الفقيه: روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندى ما أعطيكم، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخى وبنى عمى على بن الحسين (عليه السلام) وعبد الله بن جعفر (عليه السلام)، فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملى مطول، وأما على بن الحسين (عليه السلام) فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (عليه السلام): «أضمن لكم المال إلى غله» ولم يكن له غله، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه، فلما أتت الغله أتاح الله تعالى له المال فأداه((٣)).

أقول: لم يرد الإمام (إلى غله) غله نفسه، بل أراد وقت مجىء الغله، ولعله

١- الوسائل: ج١٣ ص١۴٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح١

٢- سوره يوسف: الآيه ٧٢

٣- الوسائل: ج١٣ ص١۵٣ الباب ۵ من أبواب أحكام الضمان ح١

وضمانه (عليه السلام) لدين محمد بن أسامه

لأن الناس كانوا يخمسون ويزكون ويعطون ما للإمام (عليه السلام) من حقه فى الأوقاف وما أشبه.

ومن هذا الحديث يعلم أن الوقت يجب أن يكون معلوماً فى الجمله لا بالدقه، لوضوح أن وقت الغله ليس بدقيق، وعليه فاللازم عدم الغرر لا أكثر من ذلك.

{وضمانه (عليه السلام) لدين محمد بن أسامه}، فقد روى الكافى عن فضيل وعبيد، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتى ومنزلتى منكم وعلىّ دين فأحب أن تقضوه؟ فقال على بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك على، ثم سكت وسكتوا، فقال على بن الحسين (عليه السلام): على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعنى أن أضمنه أولاً إلّا كراهه أن يقولوا سبقنا»((1)).

لكن لا يخفى أنهما حكايه واقعه وهى مجمله لا دلاله فيها على المقصود نفياً أو إثباتاً، كما فى المستمسك، فالعمده ما تقدم من الدليل، خصوصاً وفى بعض الروايات تعيين الدين.

فقد روى المفيد (رحمه الله)، عن عمرو بن دينار، قال: حضرت زيد بن أسامه بن زيد الوفاه فجعل يبكى، فقال له على بن الحسين (عليه السلام): «ما يبكيك»، قال: يبكينى أن على خمسه عشر ألف دينار ولم أترك لها وفاءً، فقال له على بن

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۱ الباب ۳ من أبواب أحكام الضمان ح۱

لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك، كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح، ولعله مراد من قال: إن الصحه إنما هى فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك.

الحسين (عليه السلام): «لا تبك فهى علىّ وأنت برىء منها»، فقضاها عنه((۱)).

فهو مثل ما رواه ابن شهر آشوب _ كما فى المستدرك _ عن عمرو بن دينار، قال: دخل الحسين بن على (عليه السلام) على أسامه بن زيد وهو مريض وهو يقول: واغماه، فقال له الحسين (عليه السلام): «وما غمك يا أخى»، قال: دينى وهى ستون ألف درهم، فقال الحسين (عليه السلام): «هو على»، قال: إنى أخشى أن أموت، فقال الحسين (عليه السلام): «لن تموت حتى أقضيها عنك»، قال: فقضاها قبل موته.((۲))

{لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح} على المشهور، بل قولاً واحداً كما عن التذكره وجامع المقاصد والمسالك، واستدل له بالغرر، وبأنه خلاف الضمان العرفى والشارع إنما صحح الضمان العرفى.

لكن ربما يقال: إنه لولا الإجماع لا وجه لعدم الصحه، إذ هو مثل الوصيه بشىء، فما أدى فهو وما لم يؤد يأخذه المضمون له عن المديون، خصوصاً إذا كان الضامن نوى قدراً خاصاً فى نفسه، كثلث الدين مثلاً، ولا يغتر المضمون له بعد أن كان يرضى بكل شىء يضمنه الضامن، لأنه يصعب عليه استخراج حقه عن المديون، بخلاف الضامن لحسن معاملته.

{ولعله مراد من قال: إن الصحه إنما هى فيما إذا كان يمكن العلم به بعد

۱- المستدرك: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۳ من أبواب الضمان ح۲

۲- المستدرك: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۳ من أبواب الضمان ح۲

فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال فى الصحه مع فرض تعينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم

ذلك} قال فى محكى التذكره: إن قلنا بصحه ضمان المجهول، فإنما يصح فى صوره يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو قال: أنا ضامن للدين الذى عليك، وأنا ضامن لثمن ما بعت من فلان، وهو جاهل بالدين والثمن، لأن معرفته ممكنه، والخروج عن العهده مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام، فإن الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان، ونحوه عن جامع المقاصد والمسالك.

{فلا يرد عليه ما يقال} والقائل الجواهر {من عدم الإشكال فى الصحه مع فرض تعينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم} فقد قال فى الجواهر: إن كلام التذكره وغيره جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم فى الواقع للإبهام ونحوه، وإلا كان محلاً للنظر، انتهى.

والحاصل: إن هناك أمرين:

الأول: ما يبهم واقعاً، مثل ضمنت شيئاً من دينك، وهذا ما لا يصح عندهم، على إشكال ذكرناه فيه.

الثانى: ما له واقع معلوم، ولكن يجهل به الآن، فإن أمكن العلم به بعد ذلك بالرجوع إلى الدفتر المسجل فيه أو ما أشبه، لا ينبغى الإشكال فى صحه الضمان فيه، لإطلاق الأدله، وإن لم يمكن العلم به لعدم معرفه أى منهم قدر الدين مثلاً، فإن كان مرداً بين الأقل والأكثر كعشره وعشرين أخذ بالأقل، لأصاله

هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفى الغرر والضرر، وردّ بعدم العموم فى الأول لاختصاصه بالبيع أو مطلق

عدم الزياده، وإن كان متردداً بين المتباينين مثل الفرس والحمار، فالمرجع إما القرعه أو الرجوع إلى القيمه مع إجراء قاعده العدل بالنسبه إلى الزائد عن قيمه أقلهما، مثلاً- كان الفرس بعشرين والحمار بعشره، فإنه يعطى الحمار ويعطى خمسه، وإنما لا نقول بإعطاء خمسه عشر، لأن الحمار والخمسه أقرب إلى المحتمل من خمسه عشر، والأقرب لازم كما ذكروه فى المثلى، فإن «على اليد» و«لا يتوى» ونحوهما إذا عرض على العرف فهم المثل أو الأقرب إلى المثل.

بل يحتمل قاعده العدل فى الأقل والأكثر بالنسبه إلى التفاوت بين الأقل والأكثر، فإذا كان المحتمل عشره أو العشرين أعطاه خمسه عشر أيضاً، إذ العشره الثانيه مردده بينهما، فقاعده العدل تقتضى التنصيف، وإن كان يظهر من كلماتهم فى الدين ونحوه الاكتفاء بالأقل.

{هذا} هو المشهور {وخالف بعضهم} كما نسب إلى الخلاف والمبسوط والقاضى وابن إدريس وغيرهم {فاشترط العلم به} أى بمقدار الدين فى صحه الضمان {لنفى الغرر والضرر} فإن الضامن يغتر فى صوره عدم العلم، كما أنه يتضرر، لأنه إنما يريد قدراً قليلاً فيظهر قدر كثير مما يوجب ضرره بدون أن يكون قد أقدم على ذلك.

{وردّ بعدم العموم فى الأول لاختصاصه بالبيع} فقد روى الوسائل فى أبواب آداب التجاره: «نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر»((1)) {أو مطلق

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب ۱۲ من أبواب عقد البيع ح۱۲

المعاوضات، وبالإقدام فی الثانی

المعاوضات} للإجماع أو المناط بعدم الفرق بین البیع وسائر المعاوضات.

قال فی المستمسک: وفی بعض کتب العلامه روایته: «نهی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) عن الغرر»((۱))، لکنه غیر ثابت، بل المظنون أن مراد العلامه من ذلک هو الحدیث المشهور، انتهی.

أقواه: رواه بلفظ الکافی وصحیفه الرضا (علیه السلام) عن علی (علیه السلام) عن الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم).

أما ظن المستمسک فی روایه العلامه المذکوره فی التذکره، ففیه: إنه خلاف الظاهر، وقد نقلها بهذا اللفظ جمله من الفقهاء، وعملهم غالباً علی طبقه، وإلا لم یصح القول به حتی فی المعاوضات، إذ الإجماع غیر محقق والمناط غیر مقطوع به، فهی مرسله مجبوره بالعمل، بالإضافه إلی أنه قد یقال: إن الأمور الغرریه مما لا یقدم علیها العقلاء، فإطلاق الأدله فی المعاملات وغیرها لا یشمل الغرری منها بعد کون الإطلاق موجهاً إلی العرف الذی لا یستفید منه إلا ذلک.

{وبالإقدام فی الثانی} لأن «لا ضرر» إنما یکون إذا لم یقدم الإنسان علی ضرر نفسه _ فی غیر ما یحرم وإن اقدم، مثل ما إذا أراد أعطاء ماله إلی السفیه والمبذر، حیث یحرم ذلک بدلیل خاص، مثل قوله تعالی:(وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَکُمُ)((۲))

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع وشرائطه ح۱۲

۲- النساء: آیه ۵

ويمكن الفرق بين الضمان التبرعى والإذنى، فيعتبر فى الثانى دون الأول

وغيره ـ فإذا أقدم لم يمنعه دليل «لا ضرر»، وذلك لأن المستفاد من دليل «لا ضرر» أنه امتنانى، ولا امتنان فى نفسه مع الإقدام.

أما احتمال المستمسك تبعاً لغيره فى وجه عدم الشمول بأن الظاهر من نفى الضرر، نفى الحكم الذى يؤدى إلى الضرر، ومع الإقدام على الضرر يكون الضرر من جهه الإقدام لا من جهه الحكم، فربما يرد عليه أن الشارع لما قرر ذلك ينتهى بالآخره إليه.

وكيف كان، فقد تقدم أنه إن كان الضمان غررياً لم يصح، فالأولى فى رد قول الشيخ ومن تبعه أن يقال: إن دليلهم أخص من المدعى، إذ ليس كل جهل غرراً، وإذا لم يكن غرر لم يكن ضرر مرفوع.

{ويمكن الفرق بين الضمان التبرعى والإذنى} المراد بالأول ما كان بدون قصد الرجوع إلى المضمون عنه، وبالثانى ما كان بقصده، وحيث إن الرجوع لا يمكن إلا إذا كان بإذنه سمى إذنياً، إذ بدون الإذن لا يحق له الرجوع، لأصاله براءه المضمون عنه عن ضمان الضامن.

{فيعتبر} علم الضامن بقدر الدين {فى الثانى} الإذنى {دون الأول} التبرعى، أما اعتباره فى الإذنى فلأنه معامله، فاللازم عدم الغرر فيها، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

وأما عدم اعتباره فى التبرعى فلأنه لا دليل على اشتراط عدم الغرر فى الأمور التبرعيه، إذ المتبرع قد أقدم بنفسه على الضمان، مثل إقدامه بنفسه على الضرر، حيث لا يشمله دليل لا ضرر.

إذ ضمان على بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً، واختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضه إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

وبذلك يظهر أنه لا يمكن أن يقال: باشتراط عدم الغرر فى مطلق الضمان، بدليل عدم علم على بن الحسين (عليه السلام) فى الظاهر بمقدار الدين، إذ كان ضمان الإمام تبرعياً كما يظهر من القرائن، فعدم علمه ظاهراً بالقدر لا يوجب سحبه إلى الضمان الإذنى.

{إذ ضمان على بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً} لوضوح أنه لم يضمن ليرجع به إلى المضمون عنه، وان كان بإذن وطلب من المضمون عنه.

{و} إن قلت: لا يحتاج الضمان الإذنى إلى العلم، إذ دليل الاحتياج إلى الإذن عدم الغرر، وقد تقدم عدم ثبوت نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وإنما نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

قلت: {اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجرى} بالمناط فى الحديث {فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضه} وإن لم نقله بحديث نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، لما ذكرناه من المناط، هذا بالإضافه إلى أنك قد عرفت أن الحديث موجود مجبور بالعمل، {إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع إلى الآذن، وهذا التفصيل} وإن كان {لا يخلو عن قرب} عند المصنف إلا أنه بعيد، بل اللازم جعل القسمين من الضمان ذا حكم واحد، وهو عدم الغرر

لإطلاق دليله، والقول بعدم اعتبار عدم الغرر مطلقاً، لأن باب الضمان غير باب المعاوضات، فلا فرق بين القسمين فى عدم ضرر الغرر فلا حاجه إلى العلم، ولذا أفتى الساده ابن العم والبروجردى والحكيم بعدم الفرق، وقال الثالث: الجواز مطلقاً أقرب لما عرفت من إطلاق أدله الصحه من دون مقيد ظاهر، انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد إطلاق نهيه (صلى الله عليه وآله وسلم)، والمناط فى نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

وأما ما يرى من الصحه مع الغرر فى الجمله بعدم اعتبار العلم الكامل، فلأن مبنى الضمان عند العرف على المسامحه فى الجمله، فلا يسمى ذلك غرراً حتى يشمله النهى، ولذا إذا كان يزعم أن دينه مائه فضمن ولو تبرعاً، ثم ظهر عشره آلاف، لا نقول بصحه الضمان بالنسبه إلى ذلك، بل بنسبه ما احتمله لأنه لم يحتمل الكل، بل قدر ما ظنه، والعقود والالتزامات تتبع القصود، إذ ليس (عقدكم) و(عهدكم) ما كان خارجاً عن المقدار الذى ظنه، وعليه فالأقوى اعتبار العلم بالقدر بما لا يوجب الغرر عرفاً.

مسأله ۲ الضمان بضم الذمم

(مسأله ۲): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، وتبرأ ذمه المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه

(مسأله ۲): {إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه} المتقدمه {انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن وتبرأ ذمه المضمون عنه} عن ذلك الحق، فلا يصح إجراء أحكام المديون عليه، مثلاً لا يصح حبسه بمقتضى (ليّ الواجد يحل عقوبته وحبسه)، ولا يصح حجره وما إلى ذلك {بالإجماع} الذى ادعاه الغنيه والتذكره والمسالك والحدائق والجواهر وغيرهم باختلاف عباراتهم، {والنصوص} مثل صحيح ابن سنان المتقدم: «إذا رضى المضمون عنه، فقد برأت ذمه الميت».

ومثل روايات عدم صلاه النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) على الأموات حتى ضمنه على (عليه السلام) أو أبو قتاده((۱))، حيث يظهر منها براءه ذمه الميت، وإن كان فى دلاله هذه الروايات على ذلك تأمل، حيث لم تدل على براءه ذمه الميت دلاله ظاهره، بل دلت على نوع من الكفايه بحيث إنه إذا لم يدفع الورثه من التركه أو غيرها كان على الإمام وأبى قتاده، ويكفى فى عدم إمكان الاستدلال بها لذلك احتمالها كذلك احتمالاً متساوياً بحيث يمنع عن الظهور.

{خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه} وقد تقدم نقل

۱- الوسائل: ج۱۳ ص ۱۵۱ ح ۲ و ۳

وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات.

ذلك عنهم فى أول الكتاب، وقد اختلفوا فى أنه هل للمضمون له مطالبه أيهما شاء، كما نقل عن الشافعى وأبى حنيفه وأحمد وغيرهم، أو أنه لا يطالب الضامن إلا إذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبه أو إعسار أو نحوهما كما عن مالك.

{وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو} فإنهم ذكروا أن الضمان عندنا مقابل الضمان عندهم وأن الصحيح هو ما عندنا.

{ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات} مثل:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1)) وما أشبه، لما تقدم فى جمله من الكتب من أن هذه العمومات تشمل كل عقد لم يمنع عنه الشارع، وإن كان عقداً جديداً.

وعليه فلا يكون له أحكام الضمان المتقدم، لأن الشارع جعل الأحكام لنقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى، وإنما يترتب على هذا الضمان الأحكام العامه للعقود مثل وجوب الوفاء وعدم الغرر وما أشبه ذلك، فإذا قرر الضامن الرجوع إليه أو إلى المضمون عنه على سبيل البدل كان الضمان كذلك، وإذا قرر الرجوع إليه إذا عجز المضمون له من تحصيله من المديون أو ما أشبه العجز كان كذلك، لأن العقود تتبع القصود.

۱- المائده: الآيه ۱

قال فی المستمسک: ونظیر ذلک الوجوب الکفائی فإنه یتعدد بتعدد الواجب علیهم مع وحده الواجب، فکما یصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد یصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولا فرق إلا من حیث التکلیف والوضع إلی آخر کلامه.

ومع ذلک فالمشهور عند المعلقین عدم صحه هذا النوع من الضمان، وقد اختار عدم الصحه الساده ابن العم والبروجردی والجمال وغیرهم ولعله للإجماع، أو لأن عمومات العقود لا تشمل إلا المتعارف منها، بضمیمه أن ذلک لا یصح جعله بنحو الشرط، لأنه شرط خلاف مقتضی العقد، أو خلاف الکتاب والسنه.

لکن قد عرفت أن عمومات العقود کافیه، والإجماع لو کان فهو محتمل الاستناد.

نعم جعله علی نحو الشرط مشکل، لعدم استبعاد کونه خلاف مقتضی العقد المستفاد من السنه کصحیحه ابن سنان المتقدمه.

ص:۵۵

مسأله ۳ إذا أبرأ المضمون له

(مسأله ۳): إذا أبرأ المضـمون له ذمه الضامن برءت ذمته وذمه المضـمون عنه، وإن أبرأ ذمه المضـمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمه الضامن لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان

(مسأله ۳): {إذا أبرأ المضـمون له ذمه الضـامن برءت ذمته} لأـنه حقه، فإذا أسـقطه سـقط، إذ ليس ذلك حكماً بل حقاً، ومعنى الحق أنه يسقط بالإسقاط، لقاعده تسلط الناس على أموالهم مما يستفاد منه تسلطهم على حقوقهم بطريق أولى.

{و} أما {ذمه المضمون عنه} فقد برأت بالضمان قبل ذلك بالنسبه إلى الدائن.

نعم فائده الإبراء بالنسـبه إلى المضـمون عنه أن الضامن لا يستحق الرجوع عليه إذا كان يستحق مثل الإبراء، كما إذا كان الضمان بطلبه بـدون قصـده التبرع فإنه قد سـبق فى قصه الإمام على بن الحسـين (عليه السـلام)((۱)) أنه يمكن أن يكـون الضـمان بطلب المديون، ومع ذلك يكون تبرعياً.

{وإن أبرأ} المضمون له {ذمه المضمون عنه} المديون {لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمه الضامن} لأنه لم يبرأها فلا وجه لسقوط حق المضمون عنه الذى كان على الضامن {لعدم المحل للإبراء بعد براءته} أى براءه المضمون عنه {بالضمان}.

ويظهر من الشـرائع أن هنالك قولاً ببراءه الضامن، قال: ولو أبرأ المضـمون له المضـمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا، انتهى.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص ۱۵۱ الباب ۳ من أحكام الضمان ح ۱

إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمه الضامن، وأما فى الضمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه فإن أبرأ ذمه المضمون عنه برءت ذمه الضامن أيضاً.

وإن أبرأ ذمه الضامن فلا تبرأ ذمه المضمون عنه

ولذا قال المسالك: إنه يشعر بثبوت مخالف منا، لكن لم نقف عليه، وفى التذكره ادعى إجماع علمائنا على ذلك.

أقول: لعل المحقق لم يرد أنه هناك مخالف منا، بل أراد وجود المخالف فى الجمله، فقوله مشهور لنا، فى قبال قول مشهور من العامه.

{إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً} فى مقام الإثبات، وإلا فالكلام فى مقام الثبوت {إبراء ذمه الضامن} كما ذكره الجواهر، وأشكل عليه بأنه خروج عما نحن فيه، وفيه: إن المراد تصوير المحتملات لا خصوصيه الضامن.

{وأما فى الضمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه} مما تقدم فى المسأله السابقه صحته بعنوان عقد آخر {فإن أبرأ} المضمون له {ذمه المضمون عنه برأت ذمه الضامن أيضاً} لأنها الأصل فى الدين، فإذا سقط الأصل سقط الفرع، سواء كان الضم بمثل الواجب الكفائى، أو كان بالترتيب وأنه إذا لم يدفع المضمون عنه كان على الضامن، كما تقدم فى المسأله السابقه.

{وإن أبرأ ذمه الضامن فلا تبرأ ذمه المضمون عنه} لأن المضمون له أسقط حقه من الضامن فسقط.

كذا قالوا، ويمكن أن يقال ببراءه ذمتهما على التقديرين.

أما المضمون عنه فلم يسقط حقه من ذمته فلا يسقط حقه، بل يبقى حقه عليه على الأصل.

{كذا قالوا، ويمكن أن يقال}، الأظهر أن المصنف صور الواقع، لا أنه أراد الإشكال عليهم، إذ إمكان المصنف خروج عن موضوع البحث، وكما ذكرناه فى قوله: (إلا إذا أستفيد) إلخ.

{ببراءه ذمتهما} الضامن والمضمون عنه {على التقديرين} فيما إذا فهم من كلام الدائن رفع اليد عن الدين المضمون، وإن أظهره فى صوره براءه ذمه الضامن.

ومما ذكرناه يعلم أن إشكال الساده ابن العم والبروجردى وغيرهما على الماتن إنما هو فى غير ما صورناه، قال ثانيهما: لكنه (أى يمكن أن يقال) ضعيف على ذاك القول، فإن إسقاط الوثيقه على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين، انتهى.

وسيأتى بعض الكلام فى المسأله السادسه والعشرين.

ص:٥٨

مسأله ۴ الضمان لازم

(مسأله ۴): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان

(مسأله ۴): {الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له} لا ينبغى الإشكال فى ذلك، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه، وذلك لأصاله اللزوم فى العقود، وسيأتى فى المسأله الآتيه صحه جعل الخيار لأحدهما أو لهما، أو وجود حق الخيار تلقائياً لبعض أسبابه.

{فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان} الضمان {بإذن المضمون عنه} إذ المعامله بين الضامن والمضمون له، ولا شأن للمضمون عنه بعد الضمان {وتبين إعساره} فإن اشتباه الضامن بظنه يسار المضمون عنه فإذا دفع المال إلى المضمون له رجع إلى المضمون عنه، لا يوجب تزلزل العقد، لإطلاق النص والفتوى فى كونه لازماً، ومنه تبين عدم حقه فى الفسخ وإن تبين مطل المضمون عنه وسوء معاملته.

{وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه} بلا إشكال ولا خلاف كما فى الجواهر، وذلك لأصاله اللزوم، ولأنه إذا برأت ذمه المضمون عنه لا وجه لضمانها ثانياً إلا بدليل وهو مفقود.

{لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره} ومع ذلك قبل بضمانه {بخلاف ما لو كان} الضامن {معسراً حين الضمان وكان}

جاهلًا بإعساره، ففی هذه الصوره یجوز له الفسخ علی المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فیه، ویستفاد من بعض الأخبار أیضاً

المضمون له {جاهلًا بإعساره، ففی هذه الصوره یجوز له} للمضمون له {الفسخ علی المشهور} علی ما وجده المصنف فی کتبهم.

{بل الظاهر عدم الخلاف فیه} کما صرح بعدم الخلاف الجواهر، وبعدم وجدان الخلاف الریاض، وعن الغنیه والسرائر وجامع المقاصد وغیرهم الإجماع علیه صریحاً أو ظاهراً.

{ویستفاد من بعض الأخبار أیضاً} بالإضافه إلی الإجماع المتقدم، وما استدل به الجواهر من قاعده الضرر، وبناء الضمان علی الارتفاق وإراده الأداء، وما ورد فی الحواله الداله علی ذلک وهی أخت الضمان.

والظاهر أن مراده بالخبر، موثق الحسن بن جهم، قال: سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل مات وله علیّ دین، وخلف ولداً رجالاً ـ ونساءً وصبیاناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت فی حل مما لأبی علیک من حصتی، وأنت حل مما لإخوتی وأخواتی وأنا ضامن لرضاهم عنک، قال (علیه السلام): «تکون فی سعه من ذلک وحلّ»، قلت: وإن لم یعطهم، قال: «ذلک فی عنقه»، قلت: فإن رجع الورثه علی، فقالوا: أعطنا حقنا، فقال (علیه السلام): «لهم ذلک فی الحکم الظاهر، وأما بینک وبین الله تعالی فأنت فی حل منها إذا کان الرجل الذی أحللت یضمن رضاهم»، قلت: فما تقول فی الصبی لأمه أن تحلل، قال (علیه السلام): «نعم، إذا کان لها ما ترضیه وتعطیه»، قلت: فإن لم یکن لها مال، قال (علیه السلام): «فلا»، قلت: قد سمعتک تقول: إنه یجوز

تحليلها، فقال: «إنما أعنى بذلك إذا كان لها»، قلت: فالأب يجوز تحليله عن ابنه، فقال له: «ما كان لنا مع أبى الحسن (عليه السلام) _ يعنى موسى بن جعفر (عليه السلام)، هامش الوسائل _ أن يفعل فى ذلك ما شاء»، قلت: فإن الرجل ضمن لى عن ذلك الصبى وأنا من حصته فى حل، فإن مات الرجل قبل أن يبلغ الصبى فلا شىء عليه، قال (عليه السلام): «والأمر جائز على ما شرط لك»((1)). والحديث رواه الشيخ والكلينى (رحمهما الله).

لكن يرد على الأدله المذكوره: أن الإجماع محتمل الاستناد، وقاعده الضرر ليست مطرده وإن أثبت الحكم الإيجابى بالخيار بتقريب ما ذكروه فى خيار الغبن، وإنما لم تكن مطرده لأن المديون قد يكون أيضاً معسراً حيث لا فرق بين بقائه مديوناً وانتقال دينه إلى الضامن، وبناء الضمان على الارتفاق حكمه لا عله يدور مدارها الحكم، وما ورد فى الحواله لا يقاس عليه إلا إذا قطع بالمناط، والقطع يفيد القاطع فقط.

والموثقه لا دلاله فيها لما فى المستمسك من أن مورده التحليل لا الضمان، ومفاده أن الملاءه شرط الصحه فيه لا شرط اللزوم كما هو المدعى، وأن ذلك مختص بالصبى وأمه دون البالغ وأخيه، فإن إطلاق الصحه فى الثانى يقتضى عدم الصحه فيه، فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار، مضافاً إلى ما فيه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۲ الباب ۴ من أبواب كتاب الضمان ح۱

والمدار كما أشرنا إليه فی الإعسار والیسار علی حال الضمان، فلو کان موسراً ثم أعسر لا یجوز له الفسخ

من الإشکال من صحه التحلیل بلا إذن الدائن، أو الضمان بلا إذن المضمون له، انتهی.

لکن یمکن منع المناقشات المذکوره فی الأدله فی الجمله، إذ الإجماع بعد عدم الخلاف من أحد یکفی مستنداً، وعدم الاطراد لا یضر بعد کفایه القاعده فی الجمله وعدم القول بالفصل، والبناء علی الارتفاق مما یستفید العرف منه ذلک، وما ورد فی الحواله یفهم منه المناط عرفاً.

قال أبو أیوب: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یحیل الرجل بالمال أیرجع علیه، قال: «لا یرجع علیه أبداً إلا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»((۱)).

ومثله سائر أخباره.

أما الموثقه((۲)) فقد قال مفتاح الکرامه: إن الشهره تجبر دلالتها، بالإضافه إلی مرسله الشیخ فقد ذکر الشیخ فی النهایه الحکم، ثم قال: علی أن به خبراً أو أخباراً، وابن إدریس أفتی به مع أنه لا یفتی إلا بالمقطوعات، ومثل هذا یکفی مؤیداً، وعلیه فلا ینبغی الشبهه فی الحکم.

{والمدار کما أشرنا إلیه فی الإعسار والیسار علی حال الضمان} فلا عبره بهما بعد ذلک {فلو کان موسراً ثم أعسر لا یجوز له الفسخ} أی لا یصح الفسخ کما

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۸ الباب ۱۱ من أبواب الضمان ح۱

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۲ الباب ۴ ح۱

كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار، والظاهر عدم الفرق فى ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا

هو المشهور، بل عن جامع المقاصد أن ظاهرهم الاتفاق عليه، والأدله السابقه لا تدل على الخيار هنا، فأصاله اللزوم فى المقام محكمه.

أما قوله: {كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار} فدليله الاستصحاب وإن كان فيه نظر، ولذا قال الجواهر: قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره للأصل، فإن الأدله السابقه لا تجرى فى المقام، إذ لا إجماع، ولا «لا ضرر»، ولا تعليل بالإرفاق، وشمول أخبار الحواله ولو بالمناط عرفاً غير ظاهر، وقد عرفت الإشكال فى الموثق، وعليه فالحكم بما ذكره الماتن مشكل.

ومنه يعلم أن لا إطلاق لكلمات الأصحاب وإن استظهره المستمسك، ولذا استشكل على المتن بعض المعلقين، وإن سكت عليه معظمهم.

{والظاهر عدم الفرق فى ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا} كما فى الجواهر، فإنه وإن لم يجر فيه بعض الأدله السابقه مثل لا ضرر والإرفاق، إلا أن إطلاق بعضها الآخر، كما أن الفتاوى مطلقه أيضاً، كاف فى الحكم.

ثم المراد بالعسر الذى لا يقدر على الدفع، فإذا كان معسر يقدر لم يشمله الأدله السابقه.

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره فى ثبوت الخيار أو لا، وجهان.

ومنه يعلم حال الموسر الذى لا يقدر على الدفع لتجميد الجائر أمواله مثلاً، لصدق المعسر عليه فى هذا الحال، ويؤيده مسأله الارتفاق ونحوه مما تقدم فى الأدله.

{وهل يحلق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره فى ثبوت الخيار أو لا، وجهان} ذهب جمع منهم المسالك إلى عدم اللحوق، قال: وكما لا يقدح تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

وتبعه مفتاح الكرامه وغيره، ومن المعلقين قال بذلك السيد البروجردى وبعض آخر.

لكن فى الجواهر تنظر فى عدم الخيار، وقرب الخيار ابن العم وبعض آخر.

وجه الأول: إطلاق كلماتهم، وبعض الأدله السابقه ولو بالمناط.

ووجه الثانى: جريان لا ضرر ونحوه، ولعل هذا هو مقتضى الصناعه.

أما قول المستمسك: إن العمل بقاعده نفى الضرر لإثبات الخيار ليس بناء الأصحاب عليه فى البيع، وليس من أنواع الخيار خيار المماطله للبائع أو المشترى.

فيرد عليه: إن ما ذكروه فى خيار البيع مع الاستدلال بلا ضرر _ كما فى مكاسب الشيخ (رحمه الله) وغيره _ خلاف ما ذكره، ويكفى ذلك عن ذكرهم خيار المماطله.

ثم لو ادعى المضمون له إعساره حال الضمان، وأنكره فالأصل عدم الخيار إلّا إذا قلنا بأصل العدم الأزلى، حيث يكون حينئذ كاستصحاب العسر، فيما إذا علم بإعساره ثم شك فى بقائه وعدمه.

مسأله ۵ اشتراط الخیار فی الضمان

(مسأله ۵): یجوز اشتراط الخیار فی الضمان للضامن والمضمون له

(مسأله ۵): {یجوز اشتراط الخیار فی الضمان للضامن والمضمون له} کما عن جامع المقاصد أنه الأصح، ونقل عن صریح بیع التذکره وظاهر بیع القواعد والمعتبر وغیرهما.

لکن عن القواعد فی کتاب ضمانه: إن شرط الخیار فی الضمان مفسد، وعن التذکره: لو شرط الضامن الخیار لنفسه کان باطلاً، لأنه ینافی مقتضی الضمان، فإن الضامن علی یقین من الغرر.

والمشهور بین المعلقین جوازه، وهو الذی اختاره السیدان ابن العم والبروجردی، خلافاً للسید الجمال حیث قال: جوازه فی غایه الإشکال، بل لا یبعد عدم جوازه.

أقول: مقتضی القاعده جوازه، لأن اللزوم مقتضی إطلاق العقد لا مقتضی ذات العقد، فدلیل الشرط یشمله، کما أن ذلک مقتضی القاعده العقلائیه، حیث إنها تقتضی أن کل ما للطرفین إبقاؤه کان لهما فسخه، والشارع لم یخالف ذلک کما خالف فی بعض العقود والإیقاعات، مثل النکاح والطلاق والعتق والنذر ونحوها، فلم یرد دلیل فی الکتاب والسنه علی خلاف ذلک، ولیس الضامن مستثنی عن القاعده المذکوره، ولذا یأتی فیه بعض الخیارات الأخر.

أما الذی یمکن أن یکون وجهاً للمنع، فهی أمور کلها مخدوشه، مثل ما تقدم فی کلام التذکره، ومثل أنه حکم لا حق فلا یدخله الخیار، ومثل أن الذمه إذا برأت لا یمکن ملؤها بدون سبب شرعی.

إذ یرد علی الأول: إن الخیار لا ینافی مقتضی الضمان، بل إطلاقه کما عرفت، وقوله: فإن الضامن علی یقین من الغرر، لا یجعل اللزوم مقتضی ذات

لعموم أدله الشروط، والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما، كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لى ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا

الضمان، وكون اللزوم حكماً لا حقاً خلاف كون الضمان حقاً لم يتصرف فيه الشارع، حيث لا دليل على التصرف، وبراءه الذمه لم تكن مطلقه بل مقيده، فإذا ذهب سببها ذهبت البراءه كما تقدم أنه لو ظهر إعساره كان له الفسخ.

وكيف كان، فالخيار ثابت {لعموم أدله الشروط} بل وكذا مثل خيار العيب، كما إذا ضمن أن يؤدى الدين من مال خاص، ثم ظهر العيب فى ذلك إن قلنا بصحه مثل هذا الضمان، كما يظهر من العلامه فى القواعد قال: فلو شرط أحدهما ـ فى مسأله ما لو ضمن اثنان ـ الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء، انتهى.

{والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما} أو للمضمون عنه، وذلك لإطلاق دليل الشرط إلا إذا كان هناك محذور، كما إذا شرط الضامن على المضمون عنه أن يؤدى إليه أكثر مما يؤديه إلى المضمون له، لأنه ربما يشمله مناط الربا، حيث ورد فى الحديث: «إن الله لم يحرم الربا لاسمه، وإنما لأنه سبب لفساد المال» كما يأتى.

{كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لى ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا} إلى غير ذلك من الشروط، خلافاً

لما عن التذكره، قال: ولو ضمن رجل عن غيره ألفاً وشرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً.

قال فى المستمسك: والظاهر أن دعوى الإجماع المذكوره مبنيه على أنه من الربا المحرم بالإجماع، وإلا فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط ولحكمه، فضلاً عن كونه معقد إجماع، وليس هو من الربا فى البيع ولا فى القرض، انتهى.

وأشكل فيه أيضاً السيد الجمال، قال: يشكل جوازه، ولو قيل به ففى كون التخلف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح وجهان، والأظهر الثانى.

أقول: إنما كان مقتضى الشرط كذلك عند المعلق، لأنه إذا لم يكن انفساخ عقد ولو بالتقايل ـ كما فى النكاح ـ فأدله الشرط لا تتمكن من جعل الخيار فيه، لحكومه دليل العقد على دليل الشرط، وإنما دليل الشرط يجعل ذلك العقد وسائر لوازم الشرط، مثل بطلان نكاح المرأه الثانيه إذا شرطت عليه الأولى عدم نكاحها، فيما إذا قلنا إن الشرط يقتضى الوضع، أو عدم لزوم إطاعته إذا شرطت عليه عدم فض بكارتها مثلاً، إلى غير ذلك من اللوازم.

وكيف كان، فلو قيل بالعله فى الربا لم يصح الشرط، لأن حاصل الشرط أن المضمون عنه يعطى أقل أو أكثر، والضامن يعطى أقل أو أكثر، والمضمون

ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

له أعطى أقل فأخذ الأكثر، أو بالعكس، وكله فساد للمال.

ولعل العلامه نظر إلى ذلك، فلا يرد عليه إشكال المستمسك بأنه إن تم ذلك فى الشرط للمضمون له لا يتم فى الشرط للضامن، لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع إلى الدائن دون ما يرجع إلى المديون.

{ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط} لأن ذلك مقتضى الشرط، حيث إنه لو لزم بدون الشرط كان ضرراً، فلا ضرر يرفع اللزوم، كما تقدم فى أن نفى الضرر يرفع اللزوم على ما ذكروا فى خيار الغبن وغيره.

هذا بالإضافه إلى أن العقد وقع قابلاً للفسخ إذا لم يأت بالشرط ولو ارتكازاً، والعقود تتبع القصود، فهو عقد هكذا، فبدون الشرط وفسخه لايكون (عقود كم) حتى يشمله(أَوْفُوا)((١)).

١- المائده: الآيه ١

مسأله ۶ لو تبين كون الضامن مملوكا

(مسأله ۶): إذا تبين كون الضامن مملوكاً، وضمن من غير إذن مولاه، أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

(مسأله ۶): {إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن} بإذن مولاه فلا إشكال، وإن ضمن {من غير إذن مولاه} وأذن فلا إشكال، لأن أعماله بالإجازه نافذه.

قال (عليه السلام): «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»((۱)).

{أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق} أو ما أشبه ذلك بأن قلنا له ملك، وتمكن من الأداء فى الوقت المقرر، لم ينبغى الإشكال، لإطلاق الأدله.

نعم، إذ لم يقدر على الأداء فى الوقت المقرر {لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له} لمناط ما تقدم من الخيار فى إعسار الضامن، فإنه كالمفلس المحجور عليه.

وحيث إن المسأله خارجه عن محل الابتلاء فعلاً لم نفصل الكلام حولها.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۵۲۳ الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح۱

مسأله ۷ ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا

(مسأله ۷): يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً

(مسأله ۷): {يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً} الأقسام سته: لأنه إما حال أو مؤجل، وعلى كل حال إما أن يضمنه حالاً أو مؤجلاً، وإذا كان مؤجلاً وضمنه مؤجلاً فإما بقدر الأجل أو أكثر منه أو أقل، وكلا القسمين المذكورين فى المتن يشملهما الإطلاق، ولا إشكال فى الضمان المؤجل.

وقد ادعى على صحته عدم الخلاف أو الإجماع، المحققان والمسالك والإيضاح والتنقيح والمفاتيح والكفايه وغيرهم، وتوهم أنه لا يصح لأنه تعليق للضمان مردود بأنه لا دليل على عدم صحه التعليق أولاً، وعدم كونه تعليقاً، ولذا قال المسالك: ليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال فى عقد لازم فيلزم، ثانياً.

ثم إن الأجل يلزم أن يكون محدوداً حداً لا يلزم منه الغرر، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، فلا يصح أن يضمن إلى أجل غير محدود، أما إذا ضمن إلى مثل الغله وقدوم الحاج فلا بأس، حيث لا يلزم من ذلك غرر، وقد تقدم ضمان الإمام السجاد (عليه السلام) إلى الغله.

ثم لو ضمن مؤجلاً بدون تعيين الوقت، فإذا كان ذلك مصب العقد أو قيداً، فاللازم القول بالبطلان، لأنه عقد غررى يشمله نهى الشارع، وإن كان من قبيل الالتزام فى الالتزام، كان اللازم القول بالصحه، وكان للمضمون له مطالبته حالاً.

ثم إن الضمان إلى الغله ونحوها إن كان له خارج محدود فهو، وإلا كان اللازم الرجوع إلى العرف فى الصدق، هل أنه أول مجىء الغله، أو بعد ذلك،

وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص، والقول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلاً، وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف

أو آخره، والغالب أن العرف يرى ذلك فى وقت الوفور ووقت تواتر مجيء الحجاج ونحو ذلك، وسيأتى الكلام فى ضمان الحال حالاً.

{وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً} وذلك لإطلاق الأدله، وذلك هو المشهور فيهما، وسيأتى خلاف الشيخ والفخر فى ضمان المؤجل حالاً- {بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص} لا إشكال ولا خلاف فى ما كان أجل الضمان أبعد، أما فى المساوى والأنقص فقد ذهب المشهور إلى الصحه، خلافاً فى المساوى للشيخ، وفى الأنقص للشيخ وفخر الدين كما حكى عنهم، لكن حيث إن ما يستدل به لهما فيه ضعف كان مقتضى القاعده مع المشهور.

{والقول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلاً} كما عن الشيخ والمفيد والقاضى وابن حمزه {وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم} وإلا لم يكن سلماً فالأجل مقومه، وكذلك فى الضمان.

قال الشيخ فى محكى النهايه: ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم.

{ضعيف} إذ استدل له بأنه لولا الأجل كان غرراً، وقد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه((1))، وفيه: إن ضمان الحال حالاً لا غرر فيه، هذا مع أنه يحتمل أن يريدوا وضوح ما كان الأداء حالاً أو مؤجلاً، لا أن المراد بالأجل مقابل

١- الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع وشرائطه ح١٢

كالقول بعدم صحه ضمان الدين المؤجل حالا أو بأنقص

الحال، ولذا حمل محكى السرائر كلام الشيخ على أنه إذا اتفقا على كون الضمان بأجل، فلابد من تعيينه.

نعم يظهر من الشرائع وغيره أنهم فهموا من كلامهم ما ذكره المصنف، ولذا قال المحقق: وفى الحال تردد أظهره الجواز.

قال فى الجواهر بعد ذكر ما تقدم: فمن الغريب ما فى المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الصور الاثنتى عشره _ الصور السته بضربها فيما كان الضمان تبرعياً أو بطلب المضمون عنه _ إن كلها جائز على الأقوى، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، انتهى.

إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور.

ثم قال: وأما احتمال المنع فى ضمان الحال حالاً والمؤجل بمثل أجله أو أنقص، الناشئ من تعليل المنع للضمان الحال فى المختلف بالإرفاق، فليس خلافاً فى المسأله، وعلى تقديره فهو واضح الضعف، ضروره عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضى ذلك، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائده فيه بذلك.

{كالقول بعدم صحه ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص} خلافاً لما عن الشيخ من أنه لا يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به، ولأن الحلول زياده فى الحق، ولهذا يختلف الأثمان به، وهذه الزياده غير واجبه على المديون ولا ثابته فى ذمته، فيكون ضمن ما لم يجب فلا يصح عندنا.

وهذه الوجوه ذكرها المحقق الثانى ناقلاً أخيره عن فخر المحققين، والكل

ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

ضعيف، فإن الفرع لا يكون أقوى من الأصل وجه اعتبارى لا يمكن بناء الأحكام عليه، خصوصاً بعد وجود إطلاق دليل العقد فيما إذا جعل مصباً، وإطلاق دليل الشرط فيما إذا جعل شرطاً، وكون الضمان نقل المال على ما هو به إن أريد به لزوم أن يكون على ما هو به فهو أول الكلام، وإن أريد به أن إطلاق الضمان يقتضى ذلك فلا يمكن أن يستدل به لما إذا ذكر الضمان مقيداً لما هو مقتضى الإطلاق، لا مقتضى ذات الضمان.

{ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب} كما فى الدليل الثالث {كما ترى} لما ذكره المستمسك من أن الضمان للدين وهو ثابت فى الذمه، لاللأجل فإن الأجل للوفاء بما فى الذمه، لا أنه مضمون بنفسه.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعده، ولذا سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

ومما تقدم ظهر جواب إشكال أنه مع الاختلاف فى الدين والضمان حالاً ومؤجلاً، أو بشرط وبلا شرط يلزم الربا، إذ للأجل قسط من الثمن، وكذلك للشرط.

مسأله ۸ إذا ضمن الدين الحال مؤجلا

(مسأله ۸): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأن الذى عليه كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان.

(مسأله ۸): {إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً- بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين} فالدين موجود الآن، وإنما ليس للمضمون له مطالبته فى الحال، وإنما صار الدين الحال مؤجلاً بالشرط الذى يشمله عموم (المؤمنون عند شروطهم) فحاله حال ما إذا شرط على الدائن فى عقد أن يؤجل دينه الحال، حيث يلزم الشرط، وإنما قال بإذن المضمون عنه، لما أراد أن يتفرع عليه من قوله: فلو أسقط، إذ لو لم يكن بإذن المضمون عنه لم يكن له مطالبه المضمون عنه.

نعم لا شك فى لزوم رضى المضمون له بهذا الأجل، لأن له الدين الحال، والعقد بين الضامن وبين المضمون له.

{فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه} كما ذكره الشيخ والعلامه فى جمله من كتبه، والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبى الحدائق والجواهر وغيرهم {لأن الذى عليه} أى على المضمون عنه {كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان} إذ لا وجه لانقلابه إلى المؤجل، فالمضمون عنه عليه أن يعطى الدين إما للدائن وإما للضامن.

نعم ينبغى أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن المضمون عنه للضامن فى الضمان بشرط الأجل، حيث لا يصح للضامن الرجوع عليه حالاً، لأن معنى شرطه اشتراط الأجل فى الرجوع عليه، كما أشار إلى ذلك المستمسك.

وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته، يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيروره أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبه إلى المضمون عنه ضعيف.

{وكذا إذا مات} الضامن {قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه} لأن بالموت تحل الديون {وأخذ من تركته} أو أداه الحاكم فيما إذا لم تكن له تركه، لما ورد من أن دين المديون على بيت المال، فقد قال (صلى الله عليه وآله وسلم) فيما رواه جابر: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً فعلى»، وحيث إن الحاكم يؤدى عن الضامن الذى اشتغلت ذمته بالضمان كان للورثه الرجوع إلى المضمون عنه، فإنه كتبرع متبرع عن الضامن أو الميت، فتأمل.

{يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه} كما عن الشيخ والعلامه فى جمله من كتبه والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبى الحدائق والجواهر، نعم يأتى هنا الاستثناء السابق.

{واحتمال صيروره أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبه إلى المضمون عنه} لأن معنى الضمان مؤجلاً أن صاحب الدين قد بعد دينه، فإذا أعطاه الضامن حالاً لا يحق له الرجوع على المضمون عنه، لأنه عمل تبرعى منه فلا يجعل الدين المؤجل حالاً، {ضعيف} إذ الضمان المؤجل لا يجعل الأجل لنفس الدين، لما تقدم من أنه لا وجه للانقلاب، إذ لا دليل عليه من الشرع، ولم يكن العقد كذلك حتى يقال: إنه مقتضى العقد.

مسأله ۹ إذا مات الضامن فحل دينه

(مسأله ۹): إذا كان الدين مؤجلاً ـ فضمنه الضامن كذلك، فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته، ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدين.

(مسأله ۹): {إذا كان الدين مؤجلاً ـ فضمنه الضامن كذلك} بقدر أجله مثلاً ـ {فمات} الضامن {وحل ما عليه} من الدين {وأخذ} الدائن {من تركته} أو دفعه الحاكم كما سبق {ليس لوارثه} وارث الضامن {الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدين} الذى كان على المضمون عنه.

وقد أفتى بذلك المبسوط والتذكره والتحرير والقواعد ومفتاح الكرامه والجواهر وغيرهم على ما حكى عن بعضهم.

وأشكل عليه المستمسك بأن الدين الأصلى قد فرغت منه ذمه المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، وإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضى جواز الرجوع فى المقام بعد الأداء من دون مقيد يقتضى تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذى كان على المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضى التأجيل للدين الجديد، إلى آخر كلامه.

وفيه: إن الدين الأصلى وإن فرغت منه ذمه المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، لا يستلزم أن يكون للضامن الحق فى أن يرجع إليه حالا، إذا كان أصل الدين مؤجلا، إذ ما يأخذه الضامن بدل ما كان يأخذه المضمون له، وحيث لم يكن الأصل حقاً على المضمون عنه حالاً، لم يكن الفرع حقاً عليه حالاً، فلا مجال لإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه، فقوله وبالجمله تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالاً ومؤجلاً بكون الدين الذى كان عليه حالاً أو مؤجلاً غير ظاهر، لعدم دخل ذلك به، إذ لو كان الدين

لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

مؤجلًا لم يكن حق على المضمون عنه حالاً، سواء رجع إليه الدائن أو الضامن.

وكذا إذا مات الضامن فحل عليه الدين {لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه} فالمرجع الدليل الأول الذى ذكرناه من كون الحق على المضمون عنه مؤجل، سواء أراد الدائن أو الضامن أخذه.

{وكذا لو أسقط أجله وأدى} الضامن {الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل} سواء أداه حالاً أو بأجل أقل من أجل أصل الدين، فإن المعيار فى أجل أصل الدين، لا مطلق الأجل ولو قبل أجل أصل الدين، لوحده العله فيهما، ولذا الذى ذكرناه لم يعلق على المتن أحد من المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

ص:٧٧

مسأله ۱۰ إذا ضمن الدين المؤجل حالا

(مسأله ۱۰): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه، يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل.

(مسأله ۱۰): {إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه} فقد صار الدين حالا بالنسبه إلى الضامن، لأنه مقتضى العقد فيجب الوفاء به، إذ لا وجه لعدم وجوب الأداء حالا بعد التزامه به، وكون أصل الدين مؤجلاً ولا يزيد الفرع من الأصل غير تام، لأنه كان حق للمضمون عنه أن يؤخر فأسقط حقه باختياره.

وعليه كان اللازم أداء الضامن له حالا، فإن أداه فهل يكون حالا بالنسبه إلى المضمون عنه، بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الأداء قبل أجل أصل الدين أو لا، فيه أقوال.

{ف_} المصنف على أنه {إن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك} لكن يجب أن يقيد كلامه بما إذا كان الرجوع إليه جزءً أو شرطاً في ضمن عقد، أو كان الضامن مغروراً، حيث يرجع إلى من غره، وإلا فمجرد الرضى من المضمون عنه لا يوجب إلزامه، بل وإن وعد، لأن الوعد بدون العقد والغرور لا يصحح الإلزام.

{وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل} لما تقدم من أن الحلول بالنسبه إلى الضامن لا يلازم الحلول بالنسبه إلى المضمون عنه بعد أن كان أصل الدين مؤجلاً ولا سبب لانقلابه حالاً.

والإذن فى الضمان أعم من كونه حالا.

{و} إن قلت: قد أذن المضمون عنه فى أن يضمن حالاً.

قلت: {الإذن فى الضمان أعم من كونه حالاً} فلا غرور ولا عقد حتى يلزم على المضمون عنه إعطاؤه الضامن حالاً، كما أعطى هو للمضمون له حالاً ولعل هذا هو مراد الذين ذكروا أنه لا يحق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه إن أداه حالا، كما نسبه مفتاح الكرامه إلى المختلف والمسالك والروضه وظاهر التحرير ومجمع البرهان.

قال فى محكى التذكره: على قولنا إنه يصح ضمان المؤجل حالاً إذا أدى الضامن المال إلى صاحبه لم يكن له مطالبه المضمون عنه إلا عند الاجل إن أذن له فى مطلق الضمان، ولو أذن له فى الضمان عنه معجلا ففى حلوله عليه إشكال، أقربه عدم الحلول أيضاً.

أقول: الظاهر منه ما ذكرناه من أن مجرد الإذن لا يوجب ضمانه له معجلاً إذا لم يكن عقد أو غرور.

أما من أطلق جواز الرجوع إلى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً، كما عن التنقيح وظاهر القواعد _ وإن قال ثانيهما يحل مع السؤال على إشكال _ فقد استدل له المستمسك بعد أن قاله إنه الأقرب: بإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر، والإذن فى الضمان وإن كان أعم من كونه حالاً لكن الإطلاق المتقدم كاف فى جواز الرجوع.

وفيه: إن الإذن فى الضمان بعد أن كان أعم ولم يكن غرور، لم يكن وجه لكون البدل حالاً بعد أن كان المبدل منه مؤجلاً، والإطلاق لا يفيد انقلاب المؤجل حالاً.

وهناك أقوال أخر نادره لا يهم التعرض لها.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا ضمنه بأقل أجلاً من أجل أصله، ولذا قال المصنف:

ص:٨٠

مسأله ۱۱ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله

(مسأله ۱۱): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلاً، وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد

(مسأله ۱۱): {إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله} لأن المسألتين من واد واحد، كما ذكره الجواهر وغيره.

وقال فى المستمسك: يأتى فى هذه المسأله الأقوال المتقدمه هناك، لوجود مأخذ الأقوال المذكوره فيها هنا أيضاً.

ومنه يعلم حال ما ضمن إعطاء الدين بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً، مره أو أقساطاً، ومن هذه المسأله والمسأله السابقه يظهر حال ما إذا كان الدين أقساطاً مؤجلاً ومعجلاً، أو مؤجلاً طويلاً وقصيراً، ثم ضمنه بمثله أو بالاختلاف، مما لا داعى إلى تفصيل الكلام فيها.

{وإذا ضمنه بأزيد من أجله} فى المؤجل {فأسقط} الضامن {الزائد وأداه، جاز له الرجوع عليه على ما مر} إلا إذا كان الشرط عدم الرجوع إليه إلا وقت أجل الضمان {من أن أجل الضمان لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلاً} أزيد من أجل أصل الدين.

{وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد} أو ما أشبه الموت

فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه.

كالارتداد، حيث إن ديونه تكون حاله لأنه بمنزله الموت، كما حقق فى محله.

{فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه} ولو كان له الأداء قبل الأجل فى المؤجل، أو بأقل أجلاً فى طويل الأجل، بأن كان الشرط إعطاء المضمون عنه له حيث أدى، فادعى الأداء فالقول قوله وإن أنكر المضمون عنه، لأنه أمين فقوله مقدم وإن كان خلاف الأصل.

ولو قال الضامن: كان الشرط عليك أن تعيطنى حين ما أعطيت، وقال المضمون عنه: بل لم يكن شرط فليس لك حق على إلا بعد وصول أجل أصل الدين، كان الأصل مع المضمون عنه.

والأمين إنما يقبل قوله فيما فعل، لا فيما يقول، لأن الأول هو الظاهر من أدله «ليس على الأمين إلا اليمين» فلو قال الودعى: أجزت لى أن أعطى الوديعه لزيد، وقال المالك: لم أجزه لك، قدم قول المالك ولا يحق للودعى دفعها إلى زيد.

نعم لو أعطاها لزيد واعترض عليه المالك، فقال: إنه أجازه له، كان القول قول الودعى، لأنه أمين، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولو ضمنه ضماناً مطلقاً، إن حالاً دفعه حالاً، وإن مؤجلاً دفعه مؤجلاً صح، لإطلاق الدليل وعدم الغرر، وإن اختلفا بعد ذلك فى أنه حال أو مؤجل كان على مدعى الأجل إقامه الدليل.

مسأله ۱۲ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه

(مسأله ۱۲): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برأت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره

(مسأله ۱۲): {إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه} فى كل الدين أو فى بعضه، كما إذا أذنه فى أن يضمن نصف دينه فضمنه الكل {برأت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه} فى الزائد عن إذنه، فالصور أربع: لأنه إما أن يضمن بإذنه أو لا، وعلى كل أما أن يؤدى بإذنه أو لا.

ولذا قال الشرائع: يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه، ولو أدى بغير إذنه، ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه، وقد ادعى المحقق والشهيد الثانيان على ذلك الإجماع، بل فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وكل ذلك حسب القاعده، إذ الضمان بالإذن يوجب الرجوع عليه كما تقدم، ولا حاجه بعد ذلك أن يكون الأداء بالإذن، لعدم الحاجه إليه بعد العقد.

نعم إذا شرط أن يكون الأداء بإذنه لم يكن له الأداء بدون إذنه، وان كان الضمان بإذنه.

والضمان بدون الإذن يفرغ ذمه المضمون عنه، فلا فرق فى عدم ضمانه للضامن كون أدائه بإذن المضمون عنه أو لا، فإنه {وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره} لم يسبب ذلك ملاء ذمه المضمون عنه بعد فراغه بالضمان بدون الإذن، فإن الإذن والأمر فى أداء ما وجب على الإنسان ليس من أسباب الضمان، فهو كما لو أمر القاتل خطاءً العاقله بأداء ما عليهم، فإن أداءهم للديه لا يسبب ضمان القاتل، إلى غير ذلك من الأمثله، بل هو الحال وإن كان الضامن أراد عدم الإعطاء عصياناً فأمره المضمون عنه بالأداء، إذ الأمر بالطاعه لايستلزم الضمان.

إلا أن يأذن له فى الأداء عنه تبرعاً منه فى وفاء دينه، كأن يقول: أد ما ضمنت عنى وارجع به علىّ، على إشكال فى هذه الصوره أيضاً من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به.

{إلا أن يأذن له فى الأداء عنه تبرعاً منه فى وفاء دينه} وذلك لأنه ضمان عرفى أمضاه الشارع للسيره المستمره، فهو كما إذا قال: أدّ للفقير ديناراً علىّ، أو قال: ألق متاعك فى البحر علىّ، ولذا مال إليه الجواهر ممثلاً له بما إذا قال للأجنبى: أدّ عن الضامن المتبرع وارجع به على، فإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه صح الرجوع إليه.

وعليه فقوله: (فى الأداء عنه) يراد به كون الأداء عليه، لأنه صادر عن أمره وإذنه، لا أن الأداء عنه بمعنى إفراغ ذمته، إذ قد تقدم أن الذمه تفرغ بمجرد الضمان الموجب لنقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن كما تقدم.

{كأن يقول: أد ما ضمنت عنى وارجع به علىّ، على إشكال فى هذه الصوره أيضاً} كما حكاه الجواهر، وعلله بما فى المتن {من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به}، لكن الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن الوعد إنما لا يلزم الوفاء به إذا كان وعداً بالإحسان إليه مجاناً، كما إذا قال: سوف أعطيك ديناراً، أما إذا كان وعداً فى قبال شىء يفعله الطرف، كما إذا قال: ألق متاعك فى البحر أو أعطه خبزاً أو ابن داره أو ما أشبه ذلك وعلىّ كذا، أو علىّ عوضه، فهو إما داخل فى عنوان الجعاله، أو أنه عقد جديد يشمله (أوفوا بالعقود).

ويؤيده ما تقدم من السيره المستمره بين المتشرعه، كما استشهد بها المستمسك، ولذا أشكل على إشكال المصنف غير واحد من المعلقين، وإن سكت عليه أمثال

وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه.

الساده ابن العم والبروجردى والجمال.

نعم، ليس من باب الجعاله والعقد إذا لم يكن فى قبال ما يعمله الطرف مال عرفاً، كما إذا قال: زوّجه بنتك وأعطيك مائه، أو ادرس وأعطيك عشره، أو ما أشبه ذلك، فيما لم يكن داخلاً فى الإجاره بأن لا يكون من قبيل أعقد العقد وأعطيك كذا.

{وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء} فإن أدى كله رجع عليه بالكل، وإن أدى بعضه رجع عليه بالبعض، {وإن لم يكن} الأداء {بإذنه} بلا إشكال ولا خلاف، بل عليه دعوى الإجماع فى كلام جماعه، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

وذلك لما دل على أن الضمان بالإذن يوجب الرجوع، ولم يدل دليل على الاحتياج بعد ذلك إلى الإذن، بل لو صرح بأنه إن أدى إليه لم يؤده إليه لم ينفع فى دفع الضمان، فإنه بعد الضمان صار المضمون عنه أجنبياً وصار الدين فى ذمه الضامن، فالواجب أداؤه وإن منع عن الأداء الأجنبى، واستشهد له غير واحد بما رواه المشايخ الثلاثه، عن الحسين بن خالد، قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال».

فإن المراد أن قرار الغرر ليس على الضامن، بل على المضمون عنه، وإطلاقه يشمل ما إذا كان الأداء بغير إذن المضمون عنه، بل مع منعه أيضاً.

أما شمول إطلاقه للضمان بغير إذن فلا، للانصراف القطعى، ولأنه خلاف سلطنه الناس، وللإجماع كما ادعاه غير واحد.

لأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء، نعم لو أذن له فى الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

{ولأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء} حتى يحتاج إلى الإذن فى الأداء.

{نعم لو أذن له فى الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع عليه} سواء طلب التبرع بكل الدين أو ببعضه، فإن إقدام الضامن على الضمان بدون القرار بإعطائه بدله أوجب اشتغال ذمته {لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن}، وإن لم يقصد الضامن التبرع حين الضمان أو حين الأداء.

ص:٨٦

مسأله ۱۳ إذا أدى الضامن رجع إلى المضمون عنه

(مسأله ۱۳): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صوره الإذن إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبه قبله، إما لأن ذمه الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده إلا أن ذمه المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء

(مسأله ۱۳): {ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صوره الإذن} غير التبرعى، إذ قد عرفت أن الإذن بالضمان تبرعاً كلا إذن، {إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه} نعم حكى عن المبسوط حيث أفتى بأنه إذا ضمن بإذنه كان له المطالبه عن المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وعن العلامه فى التحرير متابعه الشيخ.

{وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى} فلو أدى نصف الدين لم يكن له الرجوع إليه بالكل، وهكذا.

وإنما قال المشهور بذلك {إما لأن ذمه الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده} أى بمجرد الضمان بدون الأداء كما تقدم من أن الضمان نقل فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن {إلا أن ذمه المضمون عنه لا تشتغل} للضامن {إلا بعد الأداء وبمقداره} وكأنه لأصاله عدم اشتغال ذمه المضمون عنه قبل الأداء، فإن الاشتغال بعد الأداء متيقن، أما قبله فلا.

{وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء} فالاشتغال معلق بالأداء

فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبه مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول، وعلى أى حال لا خلاف فى أصل الحكم، وإن كان مقتضى القاعده جواز المطالبه واشتغال ذمته من حين الضمان فى قبال اشتغال ذمه

وإن حصل مقتضيه بالضمان كالنذر المعلق بشىء، حيث إنه قد حصل المقتضى وإنما يلزم إذا حصل المعلق عليه النذر {فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه} أى حين الضمان.

{وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبه مشروط بالأداء}، وإما لوجه رابع احتمله الجواهر بأن يكون اشتغال الذمه حاصلاً بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالأداء، وإذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وانفسخ.

قال فى المستمسك فى الفرق بين هذا والاحتمال الثالث المذكور فى المتن: وأما الاحتمال الثالث فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان وبقاؤه، وإن لم يحصل الأداء أبداً.

{وظاهرهم هو الوجه الأول}، وقد ذكر غير واحد أنه مقتضى القاعده أيضاً، وكأن المراد بها قاعده عدم اشتغال ذمه الإنسان بشىء إلا إذا علم بذلك، ولا علم باشتغال ذمه المضمون عنه قبل أداء الضامن، فالأصل عدم اشتغالها.

{وعلى أى حال} من الاحتمالات فى وجه عدم الرجوع إليه إلا بعد الأداء وبمقداره {لا خلاف فى أصل الحكم} كما عرفت، {وإن كان مقتضى القاعده جواز المطالبه واشتغال ذمته} ذمه المضمون عنه {من حين الضمان فى قبال اشتغال ذمه

الضامن سواء أدى أو لم يؤد

الضامن} فإن الضامن لما ضمن بالإذن كان معناه نقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه نفسه فى قبال اشتغال ذمه المضمون عنه بقدر ذلك الضمان.

{سواء أدى أو لم يؤد} فإن بالضمان فرغت ذمه المضمون عنه عن الدين، فى قبال ملأ ذمته للضامن، اللهم إلا أن يقال: إن هناك اشتغالين وأداءين، مثل البيع، فإنه بعد البيع يشتغل كل إنسان بأداء مال الآخر إليه، فإن أدى حق له أن يأخذ، وإلا فلا حق، وهنا تشتغل ذمه الضامن فى قبال اشتغال ذمه المضمون عنه، لكن أداء المضمون عنه لا يكون إلا بأداء الضامن، فليس مقتضى القاعده إلا ما ذكروه لا ما ذكره الماتن.

ولذا أشكل عليه غير واحد، لا لما ذكره السيد الجمال معللاً للقاعده المؤيده للمشهور: بأن إذن المضمون عنه فى الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه فى أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه، وظاهر أن قضيه ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، انتهى.

إذ يرد عليه أن الضمان يوجب ذلك، لما عرفت من قضيه المبادله، ولذا قال السيد الحكيم: الإشكال فيه ظاهر مما عرفت، فإن أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، وإنما يرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته، وأما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، وهو الذى أذن له فيه وأمره به، وبنفس الضمان تكون الخساره الماليه على الضامن، وهى بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً، انتهى.

فالحكم المذكور على خلاف القاعده ثبت بالإجماع وخصوص الخبر

وبذلك يظهر أن سكوت ابن العم وتأييد السيد البروجردى للماتن غير ظاهر الوجه، قال ثانيهما عند قوله (مقتضى القاعده): هذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيخ وجماعه، نعم خالفه العلامه واشتهر بعده، انتهى.

{ف ـ} ليس {الحكم المذكور} بعدم الرجوع إلا بعد الأداء {على خلاف القاعده} بل طبقها، وقد {ثبت} أيضاً {بالإجماع} المتقدم نقله.

{وخصوص الخبر} الذى دل عليه، وهو خبر الحسين بن خالد الذى رواه المشايخ الثلاثه، عن أبى الحسن (عليه السلام)، قلت له: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»((١)).

بناءً على دلالته على أن استقرار الغرم على المضمون عنه، فلا غرم عليه قبل أداء الضامن.

وموثق عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»((٢)).

ونحوه موثق عبد الله بن بكير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)((٣)).

لكن الإجماع والنص لم يدلا على عدم الاستحقاق، وإنما دل الإجماع

١- الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب أحكام الضمان ح١
٢- الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح١
٣- الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح٢

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»، بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن إلا ما خسر

على عدم الرجوع خارجاً، وعدم الرجوع غير عدم الاستحقاق.

بل ظاهر عباره الشرائع وجود الاستحقاق قال: إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه، وظاهره اشتغال ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان بالإذن، لا أنه لا اشتغال إلا بالأداء.

ولذا قال المستمسك: إن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا بما أداه، وكذا النص لم يدلا على نفى استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دل على عدم جواز المطالبه قبل الأداء، والخبر يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه، ولو لأجل كونه مشغول الذمه بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا دلاله له عليه، انتهى.

وعليه فالخبر المتقدم {عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»((1))} لادلاله له على قول المدعى بعدم الرجوع إلا بعد الأداء.

وإن قيل بالدلاله {بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن إلا ما خسر} وجه عدم الدلاله أنه يدل على أنه ليس للضامن إلا مقدار ما أعطى، ولا تلازم بين ذلك وبين عدم اشتغال ذمه المضمون عنه إلا بعد الأداء، فالمورد مثل عدم استحقاق البائع من المشترى إلا مقداراً من الثمن يكون فى قبال بعض المبيع الذى يؤديه إليه،

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۳ الباب ۶ من أبواب أحكام الضمان ح۱

ويتفرع على ما ذكروه أن المضمون له لو أبرأ ذمه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا

فإذا باعه مناً بدرهمين وأعطاه نصف منّ استحق درهماً، ولا دلاله فى ذلك على عدم اشتغال ذمه البائع بالبيع كل المبيع، فقد استحق الضامن على المضمون عنه كل المال فى قباله إعطائه كل المال للمضمون له، فإذا أعطى بعضه للمضمون له ولو بالمصالحه لم يستحق عن المضمون عنه إلا أخذ مقدار ما أعطى.

والحاصل: إن المصنف يقول: ليس للضامن الرجوع إلا بعد الأداء، لعدم اشتغال ذمه المضمون عنه قبل أداء الضامن، هذا هو الذى ذكره المشهور، ودل عليه الإجماع والنص، وإن كان على خلاف القاعده.

وفيه: أولاً: إن الحكم ليس على خلاف القاعده.

وثانياً: ذمه المضمون عنه مشغوله بمجرد الضمان، لا بأداء الضامن.

وثالثاً: إن النص والإجماع بعدم رجوع الضامن إلا بما أدى، لا يدلان على نفى استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، كما تقدم وجه عدم الدلاله.

{و} كيف كان {يتفرع على ما ذكروه} من أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا بما أدى، فى قبال احتمال المصنف الذى جعله مقتضى القاعده من الرجوع بمجرد الضمان أدى أو لم يؤد، {أن المضمون له لو أبرأ ذمه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا} وهذا يصح أيضاً على ما ذكرناه من أن الأداء فى قبال الأداء، وإن اشتغلت ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان.

وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل كما هو مورد الخبر، وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

{وإن أبرأه من البعض ليس له} للضامن {الرجوع} على المضمون عنه {بمقداره} أى بمقدار ما أبرأه، لأنه لم يؤد إلا ذلك المقدار فقط، فليس للضامن أكثر مما أعطى.

{وكذا لو صالح} الضامن {معه} مع المضمون له {بالأقل} فله أن يأخذ من المضمون عنه ذلك المقدار الأقل {كما هو مورد الخبر} المتقدم.

{وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى}:

١- كله، فلا يحق للضامن الأول أن يأخذ من المضمون عنه شيئاً {فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه} بشيء {وإن كان} الضمان {بإذنه}.

٢- أو أدى بعضه، وأدى البعض الآخر الضامن الأول، فإن الضامن الأول حيث يؤدى بعض المال ليس له أن يأخذ من المضمون عنه إلا بقدر ذلك البعض.

{وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً} لأن الضامن لم يعط شيئاً، وقد كان أخذه من المضمون عنه باعتبار أنه أعطى، فإذا لم يعط لم يأخذ.

نعم ينبغى أن يستثنى من ذلك كله ما إذا كان عطاء الأجنبى عن الضامن حيث يعد عطاء الضامن، فقد أعطى الضامن بسبب غيره، فله أن يأخذ من المضمون عنه، كما تأتى الإشاره إلى ذلك.

ومن الواضح أن الإجماع والنص ليسا فى مثل هذا المورد، فلا يشمله الإجماع، والنص لا ينسحب إليه بالمناط، وسيأتى مسأله ما لو أدى الدين مؤد من باب الزكاه أو الخمس مثلا.

ص :٩۴

مسأله ۱۴ لو أخذه المذمون له ثم وهبه

(مسأله ۱۴): لو حسب المضـمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاةً أو صدقةً، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه، ولا يكون ذلك فى حكم الإبراء

(مسأله ۱۴): {لو حسب المضـمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاةً أو صـدقةً، فالظاهر أن له الرجوع على المضـمون عنه} لأـن الاحتساب للضامن حاله حال دفع الضامن، وأى فرق بين أن يـدفع المضـمون له خمسه وزكاته وصـدقته للضامن ثم يـدفعها الضامن إليه من باب دينه الضمانى، وبين أن يحتسبها عليه فلا يأخذ منه.

{و} عليه فـ_ {لا يكون ذلك فى حكم الإبراء} أو المصالحه مما لم يدفع الضامن شـيئاً، فليس له الأخذ من المضمون عنه، بل ذلك مثل احتسابه عليه من باب الإرث الذى لأب الضامن عند المضمون له، فيأخذه المضمون له من باب طلبه من الضامن.

وبـذلك يظهر وجه النظر فى كلاـم الجواهر، حيث قـال: لعله كـذلك، غير جـازم بالحكم، وأشـكل عليه فى المسـتمسك بأنه لا يخلو من إشـكال، إذ لاـ غرم من الضـامن ليكون على المضـمون عنه، فـإن الغرم فيه على مسـتحق الزكـاه مثلاً، لا على الشـخص المذكور.

إذ فيه: إن الغرم محتمله الضامن، فإنه لولا دينه أعطاه الزكاه.

وبعد ما ذكرناه من الدليل لكلام الماتن، لا حاجه إلى ما ذكره المسـتمسك بقوله: اللهم إلا أن نقول: إن القاعده تقتضـى اشتغال ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره، ولم يثبت فى المقام ما يقتضى الخروج عنها، وإلحاقه بمورد النص غير ظاهر، إلى

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبه، وأما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان

آخر كلامه، إذ ليس الكلام فى اشتغال الذمه، وإنما الكلام فى أن الاحتساب هل هو كالإبراء فلا يكون للضامن الرجوع، أو كالأداء فله الرجوع.

{و} مما تقدم يعلم وجه قوله: و{كذا} يكون فى حكم الأداء، لا الإبراء {لو أخذه} المضمون عنه {منه} من الضامن، وفاءً {ثم رده عليه هبه} كما قربه التذكره وغيره وتبعه الجواهر، لأن أخذ المضمون له أوجب حق الضامن فى الأخذ من المضمون عنه.

أما الهبه بعد ذلك فليس له دخل بالإبراء حتى يسقط عن المضمون عنه، فإنها كرده إلى الضامن جعالةً أو صدقةً أو زكاةً أو خسماً أو مظالمَ أو ما أشبه، ومثلها إذا ورثه الضامن.

{وأما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان}:

الأول: إن له الرجوع، لأنه كما إذا وهبه خارجاً بقدره ثم أخذه منه وفاءً لدينه فقد غرم الضامن، إذ لو أعطاه الهبه ثم أخذها منه كان غرماً عنه، وكذلك هنا، ولذا جعله غير واحد من المعلقين أقرب.

والثانى: أن لا حق له فى الرجوع، لأنها كالإبراء، لأن البراءه لم تكن بمال الضامن.

والأول هو مقتضى القاعده، لما عرفت فى وجه الأول.

وجماعه من المعلقين كالسيدين ابن العم والبروجردى سكتوا على المتن مظهرين ترددهم فى المسأله كالمصنف.

ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

{ولو مات المضمون له فورثه الضامن، لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه} لا ينبغى الإشكال فى ذلك، لأن الإرث مال للضامن تلف بسبب الضمان فلا وجه لعدم رجوعه إلى المضمون عنه.

ومنه يعلم أنه ما كان ينبغى له تردده فى الهبه وجزمه هنا، لأن كليهما مال للضامن حصله هبه أو إرثاً، فاللازم الجزم بالحق فى الرجوع فى الهبه أيضاً.

كما أنه لا ينبغى للمستمسك جعل الإرث مبنياً على المبنيين الذين ذكرهما، فراجع كلامه.

ص:٩٧

مسأله ۱۵ لو باعه أو صالحه بالأقل

(مسأله ۱۵): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى.

(مسأله ۱۵): {لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين}، بأن باع المضمون له الضامن بأقل، أو صالحه كذلك، مثلًا كان يطلب الدائن فرساً من المضمون عنه يسوى بمائه، فلما ضمنه الضامن باع المضمون له الضامن الفرس بخمسين.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: الظاهر أن أصل العباره (لو باع أو صالح) وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل، انتهى، غير ظاهر.

{أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه} مثل أن كان يطلب منه مناً من الحنطه الجيده فوفاه بمنّ من الحنطه الرديئه، حيث كانت قيمه الرديئه أقل من قيمه الجيده، وقبل بذلك المضمون له.

{فقد صرح بعضهم} الشرائع والقواعد والتذكره والمسالك وغيرهم، كما حكى عن بعضهم، {بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى}.

واستدلوا عليه بموثقتى عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير المتقدمتين، بتقريب أنه لم يعط إلا هذا، فلا حق له فى أن يأخذ إلا ما أعطى.

قال فى محكى التذكره: لو صالح عن ألف على عبد يساوى ستمائه لم يرجع إلا بستمائه، انتهى.

وما ذكروه هو مقتضى القاعده والخبر، كما تقدم عند جعل المصنف

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده، وكون القدر المسلم غير هذه الصور، وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا صالحه بما يساوى أقل منه

مقتضى القاعده على خلاف الخبر، وهذا هو الذى اختاره أغلب المعلقين ومنهم الساده البروجردى وابن العم والجمال.

وقال فى المستمسك: ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذى ذكروه لا يقبل الإنكار، وقد نفى الخلاف عن أنه لا يجب على المضمون عنه أن يدفع إلى الضامن أزيد مما دفعه إلى المضمون له، انتهى.

ومنه يعلم أن قول المصنف: {وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده} غير ظاهر الوجه، وقد تقدم أن الحكم على وفق القاعده، لأن الأداء لا يكون إلا بمقدار الأداء.

{و} عليه فادعاء {كون القدر المسلّم غير هذه الصور} ممنوع {وظاهر خبر الصلح} كما يشمل {الرضا من الدين بأقل منه} كذلك {لا} غبار فى شموله {ما إذا صالحه بما يسوى أقل منه} ولذا تقدم من المستمسك: أن شموله لا يقبل الإنكار.

ولو باعه ما يساوى الدين، ثم أخذ منه أقل، فهل يأخذ من المضمون عنه كاملاً أو بمقدار ما أعطى المضمون له، احتمل الأمرين فى محكى التذكره، والمسالك مال إلى رجوعه عليه بما يساوى الدين، وفى المستمسك نقل القولين بلا ترجيح، والظاهر أقربيه ما ذكره المسالك، لأنه ليس إبراءً عن الدين، بل إعطاء من المضمون له للضامن فى معامله مستقله.

وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزياده.

ولو مات الضامن فعمل وارثه مع المضمون له الأعمال السابقه من هبه وإبراء وما أشبه، أو مات المضمون له فعمل الضامن مع ورثه المضمون له الأعمال السابقه، كان الحكم كالسابق فى جميع الفروع، لأن العله فى المقامين لتلك الأحكام واحده.

{وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد، فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزياده} على المشهور، بل لم نجد خلافاً فيه لا- بين من ذكره ولا بين المعلقين، فإن كلهم سكتوا على الماتن، وذلك لوضوح أن الضامن متبرع بالزياده بدون أمر المضمون عنه، فلا وجه لأخذها من المضمون عنه بعد أن يشمل الضمان الزائد.

نعم تأتى هنا المسأله الاقتصاديه التى ألمعنا إليها فى (الفقه: الاقتصاد) من أن قيمه النقد لو تنزلت بما اضطر الضامن إعطاء الزياده، كان مقتضى الاقتصاد السليم إعطاء الزائد، فله الرجوع بها على المضمون عنه، مثلاً ضمن مائه فيما كانت المائه تسوى داراً، وعند الأداء ارتفعت الأسعار بالضعف مما اضطر إلى إعطائه مائتين، لأن المعاملات العقلائيه على المبادلات بين الأشياء والنقد واسطه فقط، فإنه يحق له أخذ المائتين، ويكون العكس فيما إذا تنزلت الأسعار حتى صارت القيم على النصف، حيث يعطيه خمسين ويأخذ منه خمسين فقط، لكن المسأله فى مواردها المختلفه السياله تحتاج إلى مزيد من التأمل.

مسأله ۱۶ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن

(مسأله ۱۶): إذا دفع المضـمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضـمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانه ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشـكال، ويكون فى يده أمانه لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط، وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن

(مسأله ۱۶): {إذا دفع المضـمون عنه إلى الضـامن مقـدار ما ضـمن} أو أقل منه أو أكثر، لأن الأحكام الآتيه لا تختلف من هـذه الجهه، وإن اختلفت فى لزوم إعطاء الناقص واستيفاء الزائد، وذلك خارج عن محل الكلام.

{فإن كان ذلك بعنوان الأمانه ليحتسب بعـد الأداء عما له عليه فلا إشـكال} فى أنه يشـمله دليل الأمانه بأحكامها، مثل أن تلفها بدون تعد أو تفريط من كيس الودعى لا الأمين، إلى غير ذلك من الأحكام.

{ويكون فى يده أمانه لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط} ولو نمى كان نماؤه للمالك، إلى غير ذلك.

{وإن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشـتغال ذمنه حين الضمان} لأنه فى قبال اشتغال ذمه الضامن بما فى ذمه المضمون عنه، {وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعـد أداء الضامن} لأن الأداء فى قبال الأداء، كما فى البيع، حيث إن الملك فى قبال الملك والأداء فى قبال الأداء، كما تقدم اختياره وقلنا أنه مقتضى القاعده.

أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح ويحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى، وإن قلنا إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور، فيشكل صحته وفاءً، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون فى يده كالمقبوض بالعقد الفاسد

{أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف} وهذا غير تام، إذ لا يدل عليه نص، ولا أنه مقتضى القاعده {فهو صحيح ويحتسب وفاءً} منتهى الأمر وفاء المضمون عنه قدم على وفاء الضامن، كما إذا وفى أحد المتبايعين ما عليه قبل وفاء الآخر.

{لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى} الكشف الذى لم نقل به.

{وإن قلنا أنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور} وان لم نقل به نحن تبعاً لظاهر الشرائع، ومن المعلقين السيد البروجردى، ولذا قال عند قول المصنف (فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان): وهو الأقوى.

{فيشكل صحته وفاءً لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون فى يده كالمقبوض بالعقد الفاسد} كما ذكره التذكره فى محكى كلامه، فاللازم عليه رده، حيث إن مقتضى المقبوض بالعقد الفاسد ذلك، وهذا هو الذى يظهر من كافه المعلقين الذين سكتوا على المتن، خلافاً للسيد الجمال، حيث إنه تبع المسالك فى جعله كالمقبوض بالسوم، قال: لو دفعه بدلاً عما ضمنه عنه فلا يبعد

وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.

أن يكون كالمقبوض بالسوم، ويملكه الضامن بنفس الأداء بلا حاجه إلى إذن جديد، انتهى.

فى قبال قول المصنف: {وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد، أو العلم ببقاء الرضا به}، والظاهر أنه ليس مراده إذناً جديداً إنشائياً، بل الأعم من ذلك ومن بقاء الإذن السابق، فلا يستشكل عليه بما قاله المستمسك من أنه لا حاجه إلى الإذن الجديد بل يكفى بقاء الإذن السابق.

أما توجيه المستمسك لكلام السيد الجمال بما ذكره، فغير ظاهر الوجه بعد تصريحه بأنه كالمقبوض بالسوم.

ثم إنه إذا دفع إليه قبل الأداء أمانه، ثم لم يدفع إليه بدل ما دفعه إلى المضمون عنه، كان من حقه أن يحتسب المدفوع أمانه تقاصاً، إن قلنا بصحه التقاص عن الأمانه، كما اخترناه فى بعض مباحث الفقه.

ولو دفعه وفاءً، على تقدير عدم صحه الوفاء حين الدفع، ثم دفع الضامن مما استحق أخذه من المضمون عنه ولم يأذن له المضمون عنه فى أخذه وفاءً بعد دفع الضامن، فإن دفع المضمون عنه غيره أرجعه الضامن إليه، وإلا جاز له أن يأخذ ما عنده تقاصاً، لإطلاق أدله التقاص، بلا إشكال هنا.

ولو لم يدفع الضامن إلى المضمون له، جاز للمضمون له أخذه من مال الضامن تقاصاً.

ويأتى هنا المسأله التى تقدمت فى بعض المباحث السابقه من احتياج التقاص إلى تعذر جبر الحاكم للآبى أو عدم احتياجه.

مسأله ۱۷ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنی

(مسأله ۱۷): لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنی إلی المضمون له ما علیّ من مال الضمان فدفع، برأت ذمتهما معاً، أما الضامن فلأنه قد أدی دینه، وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم یخسر، والأوجه أن یقال: إن الضامن حیث أمر المضمون عنه بأداء دینه فقد اشتغلت ذمته بالأداء

(مسأله ۱۷): {لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنی إلی المضمون له ما علیّ من مال الضمان} کلاً أو بعضاً {فدفع برأت ذمتهما معاً} قاله الشرائع، وعلله المسالک قائلاً: أما الضامن فلوفاء دینه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم یغرم فلا یرجع علیه.

وإلی هذا أشار المصنف بقوله: {أما الضامن فلأنه قد أدی دینه} فإن دفع المضمون عنه بمنزله دفعه، کما فی سائر أمثال ذلک من الأوامر، مثل أن یقول: ادفع عنی المتاع إلی البائع، أو بدل القرض إلی المقرض، أو ما أشبه ذلک.

{وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم یخسر} شیئاً فلا یرجع إلی المضمون عنه.

ثم إن المسالک قال: ویمکن اعتبار التقاص القهری لثبوت ما دفعه المدیون فی ذمه الضامن لأنه المدیون وقد أذن له فی وفائه وثبوت مثله فی ذمه المضمون عنه لأدائه فیتقاصان.

وجعل المصنف هذا الوجه هو الأوجه قائلاً: {والأوجه أن یقال: إن الضامن حیث أمر المضمون عنه بأداء دینه فقد اشتغلت ذمته بالأداء} بعد أن أداه المضمون عنه إلی المضمون له.

والمفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله له، حيث إنه أذن له فی الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمه المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه، وقد وفی الضامن فيتهاتران أو يتقاصان، وإشكال صاحب الجواهر فی اشتغال ذمه الضامن بالقول المزبور

{والمفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله له، حيث إنه أذن له فی الضمان فالأداء المفروض} أداء المضمون عنه عن الضامن {موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه} كون الأداء {بأمره} وقد سبق أن الأمر يوجب الاشتغال.

{ولاشتغال ذمه المضمون عنه، حيث إن الضمان بإذنه وقد وفی الضامن} لأنه أمر غيره بأداء المال، فأداء المضمون عنه يسبب الاشتغالين.

لكن لا يخفی أن أداء المضمون عنه عن الضامن وبأمر الضامن لا يسبب اشتغال ذمه المضمون عنه، لما تقدم أن اشتغال ذمه المضمون عنه إنما يكون بالضمان بأمره لا بالأداء.

{فيتهاتران} لتساوی دين كل علی الآخر، وأدله وجوب أداء الدين لا يشمل ما إذا كان علی كل منهما مثل ما علی الآخر.

{أو يتقاصان} كأن المصنف تبع فی تسميه هذا بالتقاص المسالك، حيث جعل الباب من التقاص القهری، وإلا فليس البالب من التقاص، بل من التهاتر كما أشار إليه غير واحد من المعلقين.

{وإشكال صاحب الجواهر} علی المسالك {فی اشتغال ذمه الضامن بالقول المزبور} حين قال للمضمون عنه: أد عنی الدين، حيث قال الجواهر: إن فی

فی غیر محله.

کلام المسالک أن أداء دین الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا یقتضی اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ لیس هو قد صار بذلک قرضاً علیه، مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدین علی کونه مملوکاً للمدیون، کما أنه لا یستحق رجوعاً علی المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حینئذ لعدم ثبوت المالین فی ذمه کل منهما، فتأمل.

{فی غیر محله} لأن الجواهر حصر الأمر فی کون أداء المضمون عنه قرضاً علی الضامن، أو کون الوفاء بالشیء المملوک للضامن، وحیث لیس أحد الأمرین، إذ ما یعطیه المضمون عنه للمضمون له لیس بقصد القرض علی الضامن، کما أنه لیس بمملوک للضامن، فلا وجه لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه بأمر الضامن.

مع أن وجه ضمان الضامن لیس أحد الأمرین، بل أمر ثالث وهو أن الضامن أمر المضمون عنه بالأداء، والأمر یوجب الضمان، کما لو قال للخباز: أعط خبزاً للفقیر علی ما تقدم.

وعلیه فالضامن مدین للمضمون عنه بالأمر بالأداء، والمضمون عنه مدین للضامن حیث أمر الضامن بالضمان، وحیث یتساوی الدینان کان ذلک یقتضی التهاتر.

کما أنه یرد علی قول الجواهر (کما أنه لا یستحق رجوعاً) إلخ، أن أداء المضمون عنه لما کان بأمر الضامن فقد حصل الأداء من الضامن، وبأداء الضامن یستحق الرجوع إلی المضمون عنه.

مسأله ۱۸ إذا ضمن تبرعا

(مسأله ۱۸): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معاً، كما لو دفعه أجنبى عنه.

(مسأله ۱۸): {إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له} الدين {من غير إذن الضامن} وأمره {برئا معاً} أما براءه الضامن فلأنه لم يبق موضع لدينه الذى ضمنه، وأما براءه المضمون عنه فلأن الضامن لم يؤد شيئاً، حيث يرجع به إلى المضمون عنه، وقد تقدم أن الضامن إنما يرجع إلى المضمون بقدر ما يؤديه.

ويكون الحال: {كما لو دفعه أجنبى عنه} أى عن الضامن، فى براءتهما معاً، ولا فرق فى الحكم بين قصد رجوع المضمون عنه إلى الضامن وعدم قصده، وقد ذكر هذا الفرع المحقق والعلامه وغيرهما، بل فى الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

نعم إذا أداه المضمون عنه عن الضامن من باب الخمس أو الزكاه احتساباً على الضامن، كان للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، على ما تقدم فى المسأله الرابعه عشره.

مسأله ۱۹ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن

(مسأله ۱۹): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى، ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن، بل وكذا لو ضمن بالإذن يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسأله ۱۹): {إذا ضمن} الضامن دين المضمون عنه {تبرعاً} بدون إذنه وأمره {فضمن عنه ضامن} ثان {بإذنه} إذن الضامن الأول {وأدى} الضامن الثانى الدين {ليس له} أى للضامن الثانى {الرجوع على المضمون عنه} أى المديون الأصلى، وإنما ليس له الرجوع عليه لأن الضامن الثانى لم يضمن عن المديون، بل ضمن عن الضامن الأول، فلا موجب لرجوع الضامن الثانى إلى المديون.

{بل} يرجع الضامن الثانى {على الضامن} الأول، لأن الأول أمر الثانى بالضمان عن الأول، ولا حق للضامن الأول بعد الأداء أن يرجع إلى المديون، لأنه تبرع بالضمان، وقد سبق أن التبرع بالضمان لا يوجب اشتغال ذمه المضمون عنه.

{بل وكذا} لا حق للضامن الثانى أن يرجع إلى المديون {لو ضمن} الضامن الأول عن المضمون عنه {بالإذن} والأمر من المضمون {يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء} بأداء الثانى {يرجع إلى الضامن الأول} لأنه طرفه.

{ويرجع هو} الضامن الأول {على المضمون عنه الأول} أى المديون.

وقد تبين بذلك أحكام الصور الأربع، من كون كلا الضمانين بالأمر، أو عدم الأمر فيهما، أو كون الأمر فى أحدهما دون الآخر.

مسأله ۲۰ ضمان الدين بأقل منه

(مسأله ۲۰): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له، وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه

(مسأله ۲۰): {يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له} فقد يضمن الأقل من الابتداء، وهذا ضمان بعض الدين، وقد يتصالح معه بالأقل بعد أن ضمن الكل، وهذا ما تقدم الكلام فيه، وقد يضمن بالأقل، وهذا قد يكون بإسقاط الزائد عن المديون، وقد يكون بإسقاط الزائد عن الضامن، وقد يكون بالمبادله بين الزائد والناقص من قبيل اشتراء ما يسوى بألف بتسعمائه، فإذا أسقط الزائد عن المديون كان الضمان بقدر الدين، وإذا أسقط الزائد عن الضامن كان كما تقدم من أنه لا حق له فى الرجوع إلى المضمون عنه إلا بمقدار ما أعطى، وإذا بدل لم يكن من الضمان المصطلح، لأنه نقل ما فى الذمه، وإنما يكون عقداً جديداً لا بأس به لشمول (أوفوا بالعقود) له.

قال فى المستمسك، بعد إشكاله فى كونه ضماناً مصطلحاً: اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان فى المقام مفهوماً آخر، وهو إثبات بدل ما فى الذمه فى ذمه أخرى أقل منه أو أكثر، ولا بأس بالبناء على صحته عملاً بعمومات الصحه، ولا يكون من الضمان الاصطلاحى، ولا تجرى عليه أحكامه إلا ما يقتضيه العمومات.

{وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه} إما على سبيل الشرط، أو على سبيل المبادله، على ما تقدم فى الأقل منه.

ومنه يعلم أن إشكال السيدين ابن العم والبروجردى فى الأكثر محل إشكال.

ص:۱۰۹

وفى الصوره الأولى لا يرجع على المضمون عنه، مع إذنه فى الضمان، إلا بذلك الأقل، كما أن فى الثانيه لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين، إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزياده.

{وفى الصوره الأولى لا يرجع على المضمون عنه، مع إذنه فى الضمان} إذ بدون إذنه لا رجوع أصلاً {إلا بذلك الأقل} على ما تقدم من أن الزائد حيث لم يؤده لم يرجع إلا بما أدى.

نعم إذا كان على سبيل المبادله مما ليس ضماناً اصطلاحياً، وبدل الدين بالأقل مع اشتراط أن يعطيه المضمون عنه كاملاً صح، لقاعده العقد وقاعده الشرط.

{كما أنه فى الثانيه} وهى الضمان بأكثر منه {لا يرجع} الضامن {عليه} على المضمون عنه {إلا بمقدار الدين} لأن الضامن لا يرجع إلى المضمون عنه إلا بمقدار دينه، حيث إنه الذى انتقل من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن.

نعم إن كان الشرط على المضمون عنه ضمانه إعطاء الضامن الزائد، كان للضامن ذلك من باب الشرط، كما تقدم مثله فى صوره الضمان بالأقل.

وإليه أشار بقوله: {إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزياده} حيث إن الأمر والإذن أوجب استحقاقه لما أعطاه زائداً.

ومنه يعلم حال ما إذا أعطى للمضمون له المساوى وطلب من المضمون

عنه الزائـد على ذلـك بالشـرط، أو أعطاه أقل وطلب المساوى أو الأكثر، كما يظهر حال بقيه الأقسام الحاصـله من ضـرب إعطاء الأقل أو المساوى أو الأكثر فى تطلب الأقل أو المساوى أو الأكثر مما هى تسع حالات.

ص:١١١

مسأله ۲۱ جواز الضمان بغیر جنسی

(مسأله ۲۱): یجوز الضمان بغیر جنس الدین، کما یجوز الوفاء بغیر الجنس، ولیس له أن یرجع علی المضمون عنه إلّا بالجنس الذی علیه إلا برضاه.

(مسأله ۲۱): {یجوز الضمان بغیر جنس الدین} کأن یضمن الفرس بالشاه، أو الدینار بالدرهم، أو العروض بالنقد وهکذا، ویصح هذا من باب المبادله کما یصح من باب اشتراط الأداء من غیر الجنس، ففی الأول یدخل البدل فی ذمه الضامن، وفی الثانی یدخل الأصل، ولکن الشرط تبدیله عند الأداء، وهذا القسم یصح إما من باب عقد جدید، أو من باب قاعده الشرط، نظیر اشتراط الأداء من مال معین، کما سیأتی.

{کما یجوز الوفاء بغیر الجنس} بالتراضی، کما أن کل مدین له الوفاء بغیر الجنس مع رضی الدائن، فإنه نوع مبادله ومراضاه، ولذا قال المستمسک: بلا إشکال، وسکت علیه من وجدته من المعلقین.

{ولیس له أن یرجع علی المضمون عنه إلا بالجنس الذی علیه} لأنه إنما أمر بذلک فلا وجه لاشتغال ذمته بما أدی، واستدلال المستمسک علیه بقوله (علیه السلام): «لیس له إلا الذی صالح علیه» محل نظر، لأن الإطلاق لیس فی هذا السبیل، بل المنصرف جهه الکمیه لا الکیفیه، وإلا لزم أن یأخذ منه فرساً فی قبال ضمانه الحمار إذا أعطاه الفرس بدل الحمار، وذلک خلاف القاعده.

{إلا برضاه} بعد الإعطاء، أو بشرطه علیه بأخذه منه ما أعطاه عند أمره بالضمان عنه، فیصح من باب الشرط.

مسأله ۲۲ الضمان بشرط الرهان

(مسأله ۲۲): يجوز الضمان بشرط الرهانه فيرهن بعد الضمان

(مسأله ۲۲): {يجوز الضمان بشرط} ما على الضامن، أو المضمون عنه، أو المضمون له، والشرط على الضامن أو المضمون له يصح، لأنه فى ضمن عقد الضمان، فيشمله دليل الشرط، أما الشرط على المضمون عنه أو له فإنما يصح فى غير الضمان التبرعى.

أما الصحه فى غير التبرعى فلأنه حيث أمر كان له الشرط، كما كان عليه الشرط إذا قبل الضامن بشرط على المضمون عنه، فإن دليل الشرط يشمله، وليس وعداً من أحدهما على الآخر، كما تقدم نحو هذا البحث فى بعض المسائل السابقه.

وأما عدم صحه الشرط له أو عليه فى الضمان التبرعى فواضح، لأنه ليس هناك عقد ولا أمر فلا مجال للشرط، كما إذا تبرع الضامن بشرط أن يخيط المضمون عنه ثوب الضامن مثلاً.

ومما تقدم يعرف أنه يصح الضمان بشرط {الرهانه} بنحو شرط الفعل، فيقول المضمون له للضامن: لا أقبل ضمانك إلا أن ترهن عندى رهناً، لأنى لا أثق بضمانك، فإذا تخلفت عن الأداء كانت العين المرهونه وثيقه عندى لأجل أخذ حقى منها، {فيرهن بعد الضمان} من غير فرق بين أن يكون الشرط رهناً خاصاً كهذه الدار، أو مطلق ذات قيمه تساوى الدين مثلاً، إلى غير ذلك من الكلى فى الذمه، أو فى المعين، أو الكسر المشاع، أو الفرد المردد، لإطلاق أدله

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانى رهناً بنحو شرط النتيجه فى ضمن عقد الضمان.

الشرط بعد عدم محذور فى أى من ذلك.

{بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانى رهناً بنحو شرط النتيجه فى ضمن عقد الضمان} لأنه أمر عقلائى لم يردع عنه الشارع، فيشمله دليل الشرط، بخلاف مثل النكاح والطلاق فلا يصح أن يجعل زوجيه بنت الطرف للشارط، أو طلاق زوجته عن حبالته بالشرط، لأن الشارع جعل للنكاح والطلاق سبباً خاصاً، فاحتمال أن الاستدلال بدليل الشرط لصحه هذا الشرط معناه كون الشرط مشرعاً وهو غير تام، خصوصاً وقد ورد فى الشريعه شرط النتيجه فى شرط الضمان فى الإجاره والعاريه وشرط الأجل فى النسيئه والسلف وغير ذلك.

وحيث إن المصنف لم يكن بصدد ذكر خصوصيات الرهن فى المقام، لم يذكر لزوم القبض فى شرط النتيجه، كما لم يذكره فى شرط الفعل، وإلا فلا بد من القبض فى الموردين، بناءً على اشتراطه فى الرهن، كما أشار إلى ذلك جمله من المعلقين.

نعم فى حاشيه السيد الجمال فى اشتراط صحه الرهن حين شرط النتيجه بالقبض وعدمه وجهان.

ثم إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلم يرهن، أجبر على ذلك بسبب الحاكم، فإذا لم يمكن، فالظاهر أن له أن يأخذه رهناً بنفسه، فإذا لم يمكن حق له الفسخ، أما الأولان فلأن الشرط يقتضى الوضع، كما حقق فى محله.

وأما الأخير فلخيار تخلف الشرط، وقد ذكرنا فى بعض المسائل السابقه مسأله هل أن له الخيار فى عرض إجبار الحاكم أو طوله، إلى آخر ما ذكرناه هناك فراجع.

أما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجه، فإنه يدخل فى رهانه بمجرد العقد، لكن على المشروط عليه أن يقبضه إياه، فإذا لم يقبضه أجبر عليه.

ولا فرق بين أن يكون شرط المضمون له على الضامن أو المضمون عنه أو ثالث، كأن يقول: إنى أقبل ضمانك بشرط أن يرهن ابنك عندى داره، فإذا رهن فهو، وإلا كان له الخيار، ولم يكن له الإجبار، إذ العقد لم يكن مع الولد حتى يكون ملزماً بالشرط، بل وإن وعد الولد بأنه إذا قبل الضمان رهنه الدار، إذ وعده فيه غير ملزم، بل هو مثل سائر المواعيد الابتدائيه.

بل الحكم كذلك حتى فيما إذا لم يمكن من فسخ العقد، كما إذا قال: إنى أزوجك بنتى بشرط أن يقوم ولدك ببناء دارى، وقبل الولد الشرط، فلما زوجه بنته لم يفعل الولد ما وعد، فإنه ليس له حق الفسخ، إذ النكاح لا يفسخ بالشرط، كما قرر فى محله.

وكذا فى الإيقاع مثل الطلاق، كما لو قال: إنى أطلقك بشرط أن يزوجنى أبوك أخته، وقبل الأب الشرط، فلما طلقها أبى ولم يزوجه إياها، فإن الطلاق لا يفسخ بالشرط.

ثم إنه يصح شرط الرهن فعلاً ونتيجةً، من كل من الضامن للمضمون له

وبالعكس، لإطلاق دليل الشرط.

وحيث إن مسائل شرط الفعل وشرط النتيجه ومسائل الرهن مذكوره فى أماكن خاص بها تركنا الإسهاب فيهما هنا، استدلالاً وفروعاً، والله سبحانه العالم.

ص:١١۶

مسأله ۲۳ هل يفک الرهن بالضمان

(مسأله ۲۳): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن، فهل ينفک بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالک والجواهر انفکاکه لأنه بمنزله الوفاء، لكنه لا يخلو عن إشكال، هذا مع الإطلاق

(مسأله ۲۳): {إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن، فهل ينفک بالضمان أو لا} احتمالان، {يظهر من المسالک والجواهر} وتبعهما جمله من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما {انفکاکه، لأنه بمنزله الوفاء}، قال فى الأول: لأن الضمان بمنزله الأداء، وقال فى الثانى: لأن الضمان أداء، لكن الظاهر أن مرادهما وغيرهما ما إذا لم يكن الرهن مطلقاً، كما إذا قال: ما دام الدين باقياً فى الجمله عليک أو على غيرک كان هذا رهناً، وإلا فالظاهر بقاء الرهن، وإن انتهى دين المضمون عنه، فإن إطلاق دليل الشرط يقتضى بقاؤه حسب القرار الذى قرراه.

وكيف كان {لكنه} عند المصنف والساكتين عليه {لا يخلو عن إشكال} لما علله المستمسک بأنه لا أداء ولا وفاء، وإنما كانت فائده الضمان اشتغال ذمه الضامن به وفراغ ذمه المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمه إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على بقائه بقى على حاله لعدم الوفاء، وإن كان على إفراغ ذمه المديون بطل لفراغ ذمته بالضمان، انتهى.

{هذا} الذى ذكرناه من احتمال الانفکاک وعدمه {مع الإطلاق} للرهن، بأن لم يعين الانفکاک وعدمه بالضمان.

وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع.

{وأما مع اشتراط البقاء} للرهن بعد الضمان {أو عدمه} بأن يشترط عدم بقاء الرهن بعد الضمان {فهو المتبع} عملاً بعموم «المؤمنون عند شروطهم»((1)).

ص:۱۱۸

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۱۹ و۲۰ من أبواب المهور ح۴، والاستبصار: ج۳ ص۲۳۲ ح۴

مسأله ۲۴ اشتراط الضمان فی مال معین

(مسأله ۲۴): یجوز اشتراط الضمان فی مال معین علی وجه التقیید، أو علی نحو الشرائط فی العقود من کونه من باب الالتزام فی الالتزام

(مسأله ۲۴): {یجوز اشتراط الضمان} علی المشهور، وفی الجواهر لا خلاف أجد فی صحته، وفی المستمسک یظهر منهم التسالم علی ذلک {فی مال معین} فیکون الأداء منه، کما عن المحقق والعلامه وغیرهما.

لکن فی مفتاح الکرامه فی مسأله ما لو حجر علی الضامن فیما لو ضمن کل من المدیونین ما علی صاحبه قال: هذا الفرع من منفردات هذا الکتاب، وهو مبنی علی صحه الضمان فی مال بعینه، وهو من منفردات المصنف أیضاً، انتهی.

وعلی هذا فلم أجد وجهاً لقول السید الجمال اشتراط ذلک، وإن ادعی عدم الخلاف فی جوازه، لکنه لا یخلو عن الإشکال، خصوصاً إذا کان علی وجه التقیید.

وکیف کان، فالظاهر صحه مثل هذا الأخذ {علی وجه التقیید، أو علی نحو الشرائط فی العقود من کونه من باب الالتزام فی الالتزام} وذلک لإطلاق ما دل علی أن (العقود تتبع القصود)، ولإطلاق دلیل الشرط، لکن فی تعلیقه السید البروجردی: لم یظهر لی معنی معقول لتقیید ما فی الذمه بالمال الموجود فی الخارج، وجماعه من المعلقین قالوا بصحه ذلک شرطاً لا قیداً، کما أن مفتاح الکرامه حمل کلام القواعد علی ذلک، وبعض آخر أشکل فی التقیید إلا إذا کان کلیاً فی المعین، لأن الکلی فی المعین لا یخرج عن الکلیه والذمه فیکون

وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه

ضمانه فى دائره المعين، فمع تلف الكل يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعين للأداء، ومع بقاء ما ينقص منه يبطل بالنسبه.

أقول: الذمه المشغوله قد تكون مشغوله بنحو مطلق وهو الكلى، وقد تكون مشغوله بنحو مقيد بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج ذهب الاشتغال، وهو الكلى المقيد، وقد تكون مشغوله بنحو مشروط بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج كان للشارط إبقاء الاشتغال أو رفضه، لأنه من باب الالتزام فى الالتزام، لا من باب الالتزام الواحد بنحو المقيد والقيد، ولا بنحو الالتزام البسيط وهو الكلى المشروط.

ومنه يظهر أنه لا إشكال فى كل الأقسام الثلاثه، خلافاً لمن قال بأنه إذا كان الضمان بمعنى نقل الذمه فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود فى الخارج، شرطاً أو قيداً، أو أشكل على القيد دون الشرط فصحح الشرط فقط.

إذ يرد عليهما أن كلا القسمين _ مثل الكلى المطلق _ معقول، فيشملهما إطلاق ما دل على أن العقود تتبع القصود فى المقيد، وإطلاق دليل الشرط فى المشروط، وكأنه لذا سكت السيد ابن العم وآخرون على المتن.

{وحينئذ} حين كان الضمان مقيداً أو مشروطاً بالوفاء من مال معين {يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال} المعين عملاً بالقيد والشرط {بمعنى صرفه فيه} وإنما قال ذلك، لأن الوفاء من ذلك المال معناه يشمل ما إذا بدل المال بغيره أيضاً.

وعلى الأول: إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان

مثلًا يقال: أوف دينك من هذا البستان، فإنه يشمل ما إذا باع تمر البستان وأعطى دينه من ذلك التمر، والحال المراد هنا الوفاء من عين المعين، لا من الأعم من العين وبدلها، والظاهر أنه يصح كلا القسمين، فقد يكون المراد من الضمان من مال معين الوفاء من عينه.

وقد يكون المراد الوفاء سواء من عينه أو بدله، وكلاهما صحيح لما عرفت، فإن مساق الدليل فيهما واحد، كما أنه قد يكون من قبيل الكلى فى الخارج، وقد يكون من قبيل الكسر المشاع، كما أنه يصح جعله من المعين أو من أحد المالين، لوحده الدليل فى الجميع.

{وعلى الأول} الذى هو على وجه التقييد {إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان}، وإذا تلف بعضه بطل بقدر ذلك التالف، وذلك لفوات القيد الموجب لفوات المقيد، وهذا هو المحكى عن التذكره والشهيدين، وإن أشكل عليه المستمسك بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: بعتك هذا العبد الكاتب، فتبين أنه غير كاتب، ثم نظر ذلك بما إذا فات الشرط أو تبعضت الصفقه أو ما أشبه، حيث يكون الخيار لا البطلان.

وفيه: إن العقود تتبع القصود، فإن كان العقد واقعاً على المقيد لا- بنحو الالتزام فى التزام لم يكن وجه للصحه، كما أن تبعض الصفقه إنما يصح ويكون له الخيار إذا كان العقد من قبيل تعدد العقود بلفظ واحد، لا ما إذا كان من قبيل الأمر الواحدانى البسيط، فإن مقتضى القاعده عدم الصحه حينئذ، لأنه إذا اختارا

ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما أنه إذا نقص يبقى الناقص فى عهدته

البقاء كان من قبيل ما إذا باعه لبناً فظهر سمناً حيث يختاران البقاء، فإنه لم يكن مستنداً إلى العقد، بل تراض جديد من باب المعاطاه مثلاً، إذ لا يحقق ذلك (عقودكم) حتى يشمله (أوفوا بالعقود).

{و} إذا بطل الضمان {يرجع المضمون له على المضمون عنه} لأن الذى أفرغ ذمه المضمون عنه كان هو الضمان، فإذا بطل رجع الأمر كما كان.

لا يقال: إن الذمه إذا فرغت لم يكن وجه لاشتغالها.

لأنه يقال: الوجه هو أن الفراغ لم يكن مطلقاً بل مقيداً، وحيث ذهب القيد رجع الاشتغال، وهذا أمر عقلائى قرره الشارع كما يستفاد من الإطلاق.

{كما أنه إذا نقص} الشىء الذى كان متعلق الضمان نقصاً أوجب عدم إمكان الأداء، كما إذا كانت ذمه الضامن مشغوله بمنّ حنطه فى ضمن عشره أمنان خارجيه من باب الكلى فى المعين، فتلف منها تسعه أمنان ونصف، {يبقى الناقص} وهو نصف المنّ فى المثال {فى عهدته} أى عهده المضمون عنه، لأن الذى تعلق به ذمه الضامن نصف المنّ فقط، حيث كان ضمانه فى المعين، والمعين لم يبق منه إلا نصف منّ، ومثله ما إذا ضمن مائه منّ مقيداً بكونه من الصبره الخارجيه بزعم أنه ألف منّ، فظهرت الصبره تسعين مناً، فإنه إنما يضمن الضامن حينئذ قدر تسعين منّ.

أما العشره الأخر فلا تتعلق بذمه الضامن من أول الأمر، إذ لا خارجيه لها،

وكذا إذا ظهرت العشره الموجوده فى مائه منّ خارجيه مستحقه لغير الضامن، حيث ليس للضامن تلك العشره، ومثله ما إذا ظهر حجر الحاكم للضامن فى كل أمواله، حيث لا شىء له مطلقاً حتى يضمن ضماناً متعلقاً به، أو فى بعض أمواله كالنصف من كل شىء شىء له، حيث تكون صبرته التى هى مائه منّ مثلاً غير ممكن التصرف فى كلها بل فى نصفها، فيبطل نصف الضمان، بناءً على الأقرب من صحه الحجر بالنسبه إلى بعض أموال المفلس مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومن هذا يظهر حال ما إذا ضمن الضامن ضماناً مقيداً بالخارج على نحو الكسر المشاع، لا الكلى فى المعين، حيث إنه إذا كانت له صبره ذات مائه منّ ضمن دين المضمون عنه، حيث كان خمسين مناً، فإذا تلف من الصبره عشره أمنان بطل الضمان فى خمسه أمنان من الخمسين، ويرجع المضمون له إلى المضمون عنه فى خمسه أمنان، وإنما يرجع إلى الضامن فى خمسه وأربعين فقط، إذ فى الكسر المشاع يذهب من الطرفين بالنسبه، بينما فى الكلى فى المعين لا يذهب من غير مالك الكلى ما دام بمقدار الكلى فى الشىء الخارجى، كما ذكروا فى مسأله من اشترى طناً من أطنان القصب فاحترق بعض تلك الأطنان.

ثم إنه إذا كان الضمان المقيد بالخارج على نحو الكلى فى المعين مثلاً، وغصب الخارجى شخص، فالظاهر عدم بطلان الضمان إن أمكن الاستدراك

وعلى الثانى: لا يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما

منه، لأن الشيء الممكن الاستدراك ليس تالفاً حتى يبطل الضمان، فإذا استدرك منه الضمان أخذه المضمون له من الضامن.

وبذلك يعرف حال ما إذا كان الضمان على نحو المشاع، وما إذا لم يتمكن من الاستدراك، وما إذا كان الشيء قيمياً لا مثلياً وأعطى الغاصب قيمته، حيث إن القيمه لم تكن متعلق الضمان، بخلاف ما إذا كانت، كما إذا قال الضامن للمضمون له: إنى أضمن لك مقيداً بهذا الشيء الخارجى، سواء من عينه أو من قيمته.

{وعلى الثانى} بأن كان اشتراط الضمان فى مال معين على نحو الشرط لا على نحو القيد {لا يبطل} الضمان بتلف ذلك المال الخارجى، {بل يوجب الخيار لمن له الشرط، من الضامن أو المضمون له أو هما} إذ قد يجعل الشرط بالالتزام من المال الخارجى هذا، وقد يجعله ذاك، وقد يجعله كلا منهما.

وقد أشكل على كون من له الشرط الضامن السيدان ابن العم والبروجردى، فقال أولهما: لا وجه لخيار الضامن فى فرض المسأله وهو تلف ذلك المال.

وقال ثانيهما: الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له، إذ مرجعه حينئذ إلى التزام المضمون له قبوله إن أداه الضامن إليه، فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن، انتهى.

وفيه: إن مرجع الشرط حق الضامن فى فسخ الضمان الذى كان ملتزماً

ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ، وأما جعل الضمان فى مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن بأن يكون الدين فى عهده ذلك المال فلا يصح.

به لولا الفسخ، ووجود فائده أخرى للشرط لا يستلزم منه أنه لا خيار للضامن، إلا مع استنكاف المضمون له من الأخذ، ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين.

{ومع النقصان} بأن لم يتلف المال الخارجى كلًا، بل تلف بعضه، أما فى الكلى فى المعين فذلك بأن تلف ما لا يبقى منه بقدر المال المضمون، وأما فى المشاع فذلك بأن تلف منه أى جزء، إذ المشاع يتلف منهما كما تقدم، {يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ} إذ الشارط قد رفع اليد عن شرطه فيبقى الضمان.

{وأما جعل الضمان فى مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن} فلا ذمه مشغوله بل {بأن يكون الدين فى عهده ذلك المال} فيكون المال كالمال المحجور لا يمكن التصرف فيه إلا فى القدر الزائد عن قدر الضمان {فلا يصح} أى ضماناً معهوداً تقدم تقريبه فى أول الكتاب.

أما عدم صحته بعنوان عقد جديد فلا وجه لعدم صحته، لإطلاق وعموم الأدله مثل: (أوفوا بالعقود) ونحوه له، فأى مانع من أن يحصر الدين الذى كان فى ذمه الشخص المضمون عنه فى هذا المال الخارجى للضامن، فتفرغ ذمه المضمون عنه ولا تشتغل ذمه الضامن، وإنما يقع الدين فى عهده المال.

وكان على المصنف أن يذكر الصحه فى هذه الصوره، كما تقدم منه وجه صحه صوره ضم ذمه إلى

ذمه بعنوان عقد جديد، وإن لم يصح بعنوان الضمان الخاص.

واحتمال صحه هذا القسم هو الظاهر من المسالك أيضاً، قال: فيما لو شرط أن يكون الضمان من مال معين، وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الدين بالجانى، وجهان:

مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمه الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمه، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبه فيه، ولم تخرج الذمه عن العهده، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها، وهذا هو وجه تعلق الرهن.

ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاستحقاق فى المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمه.

وأقواهما الأول.

قال فى المستمسك: ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى الصحه، وهو كذلك عملاً بعمومات الصحه.

وإن لم تكن من الضمان المصطلح الذى هو اشتغال الذمه فلا تجرى عليه أحكامه.

مسأله ۲۵ لو أذن المولی لمملوکه فی الضمان

(مسأله ۲۵): إذا أذن المولی لمملوکه فی الضـمان فی کسـبه، فـإن قلنا أن الضامن هو المولی للانفهام العرفی، أو لقرائن خارجیه یکون من اشتراط الضـمان فی مال معین، وهو الکسب الـذی للمولی، وحینئـذ فإذا مات العبـد تبقی ذمه المولی مشـغوله إن کان علی نحو الشرط فی ضمن العقود، ویبطل إن کان علی وجه التقیید، وإن انعتق یبقی وجوب الکسب علیه.

وإن قلنـا: إن الضـامن هو المملوک، وأن مرجعه إلی رفع الحرج عنه بالنسـبه إلی الضـمان، فـإذا مات لا یجب علی المولی شـیء وتبقی ذمه المملوک مشغوله یمکن تفریغه بالزکاه ونحوها، وإن انعتق یبقی الوجوب علیه.

مسأله ۲۶ ضمان اثنین عن واحد

(مسأله ۲۶): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب أو دفعه، فعلى الأول الضامن من رضى المضمون له بضمانه

(مسأله ۲۶): {إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب} كما إذا ضمنه زيد ثم ضمنه عمرو {أو دفعه} كما إذا ضمناه فى آن واحد، ومثله ما إذا ضمنه وكيلهما، كما إذا قال الوكيل: ضمنته عنهما، إذ الوكاله فى الضمان جائز، إذ الأصل قبول الوكاله فى كل شيء إلا ما خرج بالدليل، كما ذكرناه فى بعض مباحث الفقه.

{فعلى الأول} الذى كان الضامن على التعاقب {الضامن من رضى المضمون له بضمانه} منهما، لما قد تقدم من أن الضمان عقد واقع بين اثنين، فلا يصح بدون رضى المضمون له، وإن قلنا إنه إيقاع وليس بعقد كان اللازم رضى المضمون له أيضاً، وحينئذ فإن رضى بأحدهما صح وبطل الآخر، سواء كان السابق أو اللاحق، فهو كما إذا قال لنفرين: بعتك الكتاب، فقال أحدهما: اشتريت، حيث يبطل الآخر، أى لا ينعقد، سواء كان السابق أو اللاحق، ولو قال المضمون له: رضيت بالأول، ثم قال والثانى مثلاً، لم يصح الثانى لعدم الموضوع له، وعلله المستمسك بأنه أوجب فراغ ذمه المضمون عنه فلا معنى للضمان الثانى.

أقول: إن كان ذلك من قبيل ما لا يقبل التعدد عقلاً أو شرعاً، كما إذا قالت الاختان: زوجتك أنفسنا، فقبل إحداهما، حيث لا يصح أن يقبل الثانيه، لأنه

ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعه خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً

جمع بين اللأختين، تم ما ذكره، وإلا فإن لم يكن مانع شرعاً ولا عقلاً، كما سيأتى وجهه فيما لو أطلق الرضا بهما، لم يكن فرق بين الرضى بهما دفعه أو تدريجاً، فلا وجه للقول بانتفاء الموضوع بالنسبه إلى رضاه بالثانى.

{ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق} فى الضمان، وذلك لما علله فى مفتاح الكرامه بأنه إذا رضى بضمان كل منهما فقد رضى بضمان الأول، فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثانى ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه فيبطل، وهذا هو الذى رجحه غير واحد، لكن هل يقولون بمثله فيما قالت الأختان بتعاقب: أنحكتك أنفسنا، فقال الرجل: قبلتكما.

{ويحتمل قوياً كونه} فى التعاقب {كما إذا ضمنا دفعةً، خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له} وأنه لا يكفى مجرد الرضا من المضمون له، فليس الضمان كالإيقاع وإنما هو عقد.

{فإن الأثر} أى تحقق الضمان، بناءً على كونه عقداً {حاصل بالقبول نقلاً}، إذ قبل القبول لا أثر، فإن الآثار فى العقود لا تحصل إلّا بعد تمام العقود بإيجابها وقبولها، كما حقق فى محله.

{لا كشفاً} فليس القبول كاشفاً عن تحقق الأثر سابقاً حتى يقال: إن الضمان للمتقدم لا للمتأخر، لأن المتقدم لم يدع مجالاً للمتأخر.

وعلى الثانى إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضى بهما معاً ففى بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر

والحاصل: إنه لو رضى بهما دفعه تكون نسبته إلى الإيجابين نسبه واحده، فلا وجه لترجيح الضمان المتقدم، فلا وجه للقول بأن الضامن هو السابق، فيكون الحكم كما إذا اقترن الإيجابان على ما سيأتى فى قولنا: (وعلى الثانى).

ثم إن قوله: (خصوصاً) فى قبال ما إذا قلنا بأن رضى المضمون له يكفى، فإنه إذا رضى بهما كان الأثر للسابق، لما تقدم من عله مفتاح الكرامه، اللهم إلا أن يقال: إن (الرضا) كالقبول لا أثر للضمان بدونه، فإذا رضى بهما دفعه كانت نسبه الإيجابين واحده، فيكون الحكم فى تعاقب الإيجابين مثله فى اقتران الإيجابين.

{وعلى الثانى} فيما كان الضمان من الاثنين دفعه {إن رضى} المضمون له {بأحدهما دون الآخر فهو الضامن} إذ لا شك فى احتياج الضمان إلى قبول أو رضى، وكلاهما مفقودان بالنسبه إلى الآخر فلا وجه لضمان الآخر الذى لم يتعقبه قبول ولا رضى.

{وإن رضى بهما معاً ففى بطلانه، كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر}.

قال الأول: وإن وقع الرضا دفعه احتمل بطلان الضمان، لامتناع انتقال الحق دفعه واحده إلى ذمم متعدده، والصحه فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع، والأقوى الأول.

أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثه، وهكذا

وقال الثانى: الأصح البطلان.

وقال الثالث: لا يخفى على من أحاط خبراً بالمسأله قوه البطلان.

وقد اختار البطلان آخرون أيضاً.

وربما نظر ذلك بقبول نفرين لإيجاب واحد، سواء كان إيجاب نكاح أو إيجاب بيع أو غيرهما إذا قلنا بصحه مثل زوجت نفسى أحد كما، أو بعت الدار أحدكما، فإنه لا بأس به عرفاً، ولذا يمكن القول بصحته فى مثل البيع، وإن لم يصح فى مثل النكاح، لأن الركن الزوجان فهو مثل بعتك أما الفرس أو الحمار.

أو يقال: إنه لا محذور فيه وفى نظيره عرفاً، فإذا قبل أحدهما كونها زوجه له، أو قبل كون الفرس منتقلاً إلى ملكه صح عند العقلاء، وإن لم يصح شرعاً بالنسبه إلى النكاح لإجماع أو نحوه.

ويؤيده جعل القرعه حكماً فى بعض أبواب النكاح والطلاق، مما يدل على الصحه فى نفسه حتى شرعاً فى الجمله، فإن ثبت إجماع فى بطلان مثل الفرس والحمار فهو، وإلا لزم الصحه لصدق (عقودكم) فى (أوفوا بالعقود) والمفروض أن الشارع لم يمنع منه.

{أو التقسيط بينهما بالنصف} إن كانا اثنين {أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثه وهكذا} كما حكى عن ابن الجنيد، واستدل له بأن الأمر دائر بين عدم الضمان، وبين ضمان كل واحد للكل، معاً أو بنحو الكلى، وبين الضمان بنسب مختلفه مثل أن يكون على أحدهما الربع، وعلى الآخر ثلاثه أرباع، وبين التقسيط،

أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبه من شاء، كما فى تعاقب الأيدى، وجوه أقواها الأخير

لكن الثلاثه الأول باطله فيبقى الرابع.

إذ يرد على الأول: إنه لا وجه له بعد وقوع العقد عرفاً، ولم يمنع عنه الشرع، فلا وجه للبطلان.

وعلى الثانى: أما شقه الأول فبأنه دين واحد فكيف يتحول إلى دينين، وأما شقه الثانى فبما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا فى ذمه واحده.

وعلى الثالث: إنه لا وجه للضمان بنسب مختلفه، لأنه خلاف وحده ضمانها والعقود تتبع القصود.

فلم يبق إلا التقسيط.

{أو ضمان كل منهما} من قبيل الواجب الكفائى والكلى فى المعين {فللمضمون له مطالبه من شاء كما فى تعاقب الأيدى، وجوه أقواها الأخير} كما عن ابن حمزه، وجعله عكس ضمان الواحد عن الجماعه، ويحكى عن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا بهذا، وهذا القول هو الأقرب.

وجواب الإشكال على الشق الثانى من الوجه الثانى، أنه لا مانع من اشتغال الذمم المتعدده بواجب واحد، كما فى الواجبات الكفايه، فإن الذمم تشتغل بواجب واحد، إن قام أحدهم به سقط عن الجميع وإلّا أثم الجميع.

ثم إن كان الواجب بسيطاً كصلاه الميت لم يمكن إلا قيام أحدهم، وإن كان غير بسيط كغسل الميت صح أن يأتى كل واحد بجزء منه، بخلاف الصلاه التى

لا يأتى بها إلا أحدهم، وحيث إن الملك من قبيل غير البسيط صح أن يقوم بأدائه أحدهم، كما صح أن يؤديه كلهم أو جمله منهم مقسطاً بالتساوى أو بالاختلاف.

وإن تعاسروا أجبرهم الحاكم بالنسبه المتساويه إذ لا أولويه لأحدهم على الآخر، فاذا كان الدين مائه وضمنه اثنان أجبر كل واحد على نصفه، ولو كانوا أربعه أجبر كل واحد على ربعه وهكذا.

بل يمكن أن يقال ذلك فى مثل غسل الميت، فإذا كانوا ثلاثه لم يحق للحاكم الشرعى جبر أحدهم أو اثنين منهم، بل يجبر كل واحد على أحد الأغسال الثلاثه، إلى غير ذلك.

وكذلك الحال فى واضعى اليد على مال إنسان بحيث كان لكل واحد منهم يد مستقله، مثل ثلاثه اغتصبوا داراً كل مستول على كلها فتلفت، فإنه لا يحق للحاكم الشرعى أخذها من أحدهم أو اثنين منهم، بل من كل ثلثها.

نعم إن أعطى بدلها أحدهم برئ الجميع على إشكال فى ذلك، إذا لم يقبل المالك إلا أخذ كل ثلث من أحدهم، مثله فيما إذا قتل ثلاثه إنساناً، فإن الولى إذا لم يقبل من أحدهم كل الديه، وإن أراد من كل واحد ثلثاً صح له ذلك، بل لو أعطاها أحدهم فقبلها كان ذلك خلاف الأصل، وإنما صح بالتراضى، وإن كان فرق بين القتل والغصب، حيث ليس كل جزء فى القتل عليهم بخلاف الغصب حيث فرض استيلاء كل واحد على كل الدار، فيشمله «على اليد» فيمكن أن يقال: لا حق للمالك فى إلزامهم بالتقسيط إذا أعطاه أحدهم، بينما للولى الحق فى إلزامهم بالتقسيط فى القتل.

وبما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للقول بأن المقولات الاعتباريه كالمقولات الحقيقيه، فكما لا يمكن وجود شيء خارجي في مكانين كذلك لا يمكن في الوجود الاعتباري، إذ بالاضافه إلى ما في الكليه المذكوره نقول: إن ثبتت القضيه المذكوره في الجمله لا تثبت الكليه، فالوجود الحقيقي لا يعقل فيه ذلك، أما الوجود الاعتباري فليس كذلك، فإن الاعتبار بيد المعتبر وهو خفيف المؤنه.

وبذلك يظهر ضعف قول السيد الجمال: إن الوجه الأخير هو أضعف الوجوه مطلقاً، بل لا وجه له.

وقول السيد البروجردي: إن هذا مبني على ما يراه العامه، إذ عليه يمكن تعهدات كثيره لما في ذمه واحده مع بقائه على ما كان عليه، بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأما على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول، انتهى.

ولذا سكت عليه السيد ابن العم وجمله آخرون من المعلقين.

وقال المستمسك: فالتحقيق جواز اشتغال ذمم متعدده بواجب واحد لمالك واحد، كجواز اشتغال ذمم متعدده بواجب واحد كما في الواجبات الكفائيه، فإن اشتغال الذمم المتعدده بالواجب فيها حاصل، ولا فرق بينها وبين المقام إلا في أن المصحح للاشتغال فيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك.

{وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما} أو منهم {برأ دون الآخر} لأن الطالب برأه دون الاخر، فلا وجه لإبرائه، فهو كما إذا قال الشارع في الحرب

وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمه ذلك الواحد.

الواجب كفاءه:(لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ)((1)) حيث إن إخراجه لا يوجب إخراج الآخرين.

وليس معنى إبراء أحدهم إسقاط المضمون له المال، حتى يسقط عن الجميع، بل معناه إبراء أحدهم وحيث إنه حق للمضمون له صح له الإبراء، فلا يقال: إنه يحق له التصرف فى ماله، لا فى ذمم الناس، إذ التصرف فى الذمم خلاف سلطنه الناس على ذممهم، وإلا فإن صح ذلك لزم عدم صحه الإبراء من أحد لأحد، وهو مقطوع العدم شرعاً وعقلاً {إلا إذا} أراد.

وقوله {علم} من باب الإثبات لوضوح أنه لا خصوصيه للعلم فى مقام الثبوت {إرادته إبراء أصل الدين} أى إسقاطه والإعراض عنه، فإنه كالإعراض عن ماله الخارجى، حيث يسقط ماليته له، {لا خصوص ذمه ذلك الواحد} فإنه حينئذ يسقط الدين وتبرأ كل الذمم، كما ظهر وجهه.

ولو لم يعلم هل أنه برأ ذمه، أو برء الدين، كان الأصل عدم الثانى، لأن ذمه غيره لما اشتغلت كان الأصل بقاء الاشتغال، والله سبحانه العالم.

۱- سوره النور: الآيه ۶۱

مسأله ۲۷ لو ضمن کل مدیون صاحبه

(مسأله ۲۷): إذا کان علی رجلین مال فضمن کل منهما ما علی الآخر بإذنه، فإن رضی المضمون له بهما صح، وحینئذ فإن کان الدینان متماثلین جنساً وقدراً

(مسأله ۲۷): {إذا کان له علی رجلین مال} بأن کانت ذمه کلیهما مشغوله، لا أن یکون مال واحد فی ذمتهما علی سبیل البدل مثل الواجب الکفائی، کما تقدم فی المسأله السابقه.

{فضمن کل منهما ما علی الآخر بإذنه} لما تقدم من احتیاج إذن المضمون عنه فی صحه الرجوع إلیه، سواء قلنا إنه عقد أو إیقاع، وإن لم یحتج أصل الضمان إلی رضی المضمون عنه.

{فان رضی المضمون له بهما صح} لاحتیاج الضمان إلی رضی المضمون له، وإلا لم ینتقل ما فی ذمه المضمون عنه إلی ذمه الضامن علی ما تقدم.

قال فی الشرائع: إذا کان له علی رجلین مال فضمن کل منهما ما علی صاحبه تحول ما کان علی کل واحد منهما إلی صاحبه.

وقال فی المسالک: لا إشکال فی صحه هذا الضمان، لأن کل واحد جامع لشرائط الصحه.

وفی الجواهر: بلا خلاف ولا إشکال، لاجتماع شرائط صحه الضمان فی کل منهما.

{وحینئذ فإن کان الدینان متماثلین جنساً وقدراً} الظاهر أن مراده بالجنس أعم من الوصف، وإلا لم یکن یترتب علیه ما یأتی من الحکم، ولذا کانت عباره الجواهر: (وتساوی المالآن من جمیع الوجوه) أظهر فی إفاده المراد.

تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر، ويظهر الثمر فى الإعسار واليسار، وفى كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناءً على افتكاك الرهن بالضمان.

وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً، أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو فى مقدار الأجل

{تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر} كما هو مقتضى الضمان.

{و} لا يقال: فما هى الفائده بعد التماثل التام بين المالين.

لأنه يقال: {يظهر الثمر فى الإعسار واليسار} فإذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار فى فسخ الضمان، فإذا فسخ صار تمام المال على الموسر.

{وفى كون أحدهما عليه رهن دون الآخر} كما ذكره المسالك معللاً له بأن الضمان بمنزله الأداء.

{بناءً على افتكاك الرهن بالضمان} كما تقدم فى المسأله الثالثه والعشرين، وكان أولى لو قال كما فى الجواهر: (وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما لأن الضمان أداء) إذ قد يكون رهن على كل منهما فلا خصوصيه لذكر ما إذا كان رهن على أحدهما.

والحاصل صيروره كل واحد منهما بضمانه فرعاً، وبمضمونيته أصلاً، فيتعا كسان، ولذا يظهر الثمر أيضاً فى إبراء صاحب الدين كله أو بعضه، إلى غير ذلك من الثمار.

{وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً} الأعم من الوصف كما تقدم {أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو فى مقدار الأجل} كما إذا كان أحدهما بعد شهر، والآخر بعد شهرين

فالثمر ظاهر

ومثله ما إذا كان أحدهما دفعه والآخر مقسطاً، أى يعطيه بأقساط، سواء كان الدفعى مؤجلاً أو معجلاً، وكذا إذا كان أحدهما مشروطاً والآخر مطلقاً.

{فالثمر ظاهر} وأضاف الجواهر قائلاً: بل فى الفرض لو شرط أحدهما الضمان فى مال بعينه، وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الأداء، أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء بسبق تعلق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه مع فرض كون الضمان بإذنه، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء، إلى آخر كلامه.

نعم إذا لم يكن أى من هذه الثمار، فهل يصح الضمان، لأنه عقد ولا يلزم أن يكون للعقد ثمر بعد إطلاق الدليل، أو لا يصح، لأنه عمل سفهائى بعد عدم أى ثمر، لأن الحال فى المستقبل كالسابق بعينه لا يبعد الثانى، لأن الإطلاق لا يشمل الأعمال السفهائيه.

نعم ربما يقال: إنه من قبيل تبديل نفرين مالهما المشابه تماماً بالآخر، حيث يصبح ذلك مع أنه لم يؤثر شيئاً.

وفيه: إنه أثر شيئاً، حيث لم يكن لأحدهما التصرف فى مال الآخر قبل المبادله، وكان له التصرف فى ماله، وبعد المبادله انعكس الأمر، بخلاف المقام الذى ليس له حتى مثل هذا الثمر، على أن كون الضمان صحيحاً أو لا لا ثمر له، إلا فى مثل النذر الذى يكرره صاحب القوانين، إذ يفى بنذره إذا كان نذر أن يعمل ضماناً، إن قيل بصحه هذا الضمان، بخلاف ما إذا قيل ببطلانه حيث لم يف بنذره.

وإنما قلنا لاثمر له، لأنه سواء قيل بالصحه، أو بعدم الصحه

وإن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى، حيث إن المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدى البعض فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع

تكون ذمه كل واحد منهما مشغوله، وبعد الضمان كقبله لا يفرق الأمر.

ثم إنه يظهر الثمر أيضاً فى صوره التماثل فيما إذا كان أحدهما كافراً عنده أحكام خاصه للضمان، حيث يشمله قاعده «ألزموهم بما التزموا به» أو كانا كافرين لكل أحكام خاصه.

{وإن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه} أما دينه الأول فلأنه باق عليه بدون أن يؤديه أو يضمنه أحد، والمفروض أنه لم يقع أحدهما، وأما دينه الثانى فلأنه انتقل إليه بضمانه لدين صاحبه.

{وحينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى حيث} كان بإذنه ورضاه ف_ {إن المفروض كونه مأذوناً منه} فى الضمان منه.

{وإن أدى البعض} أى بعض الكل الشامل لما يساوى دين نفسه أو دين صاحبه، ولما يكون أكثر من دين نفسه ولو بقدر {فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع} إذ الأداء تابع للقصد، وإن لا يقصد لم يسم أداءً.

مثلاً كان عليه خمس ودين لزيد، وكان زيد مستحقاً للخمس، فإنه إن أعطاه بقدر هذا أو ذاك، فإن قصد الخمس برأ منه وبقى الدين، وإن قصد الدين برأ منه وبقى عليه الخمس، وربما يكون للقصد آثار خارجيه مثل هذا المثال

ويقبل قوله إن ادعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط

فإنه إن قصد الدين لم يصح أن يصلى ويطوف فى لباسه غير المخمس على المشهور، بخلاف ما إذا قصد الخمس، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومما تقدم يعلم حال التبعيض فى الجمله، كما إذا كان عليه خمسون ضماناً وخمسون ديناً، فأعطى عشره، فإن له أن يحسبه لنفسه، أو للضمان، أو لهما بالاختلاف أو التساوى، كما أنه إذا أعطاه ستين كان له احتساب خمسين منه لنفسه والباقى لضمانه أو بالعكس، كما كان له احتساب نصفه لنفسه ونصفه لضمانه، أو الاحتساب بالاختلاف كأربعين لنفسه وعشرين لضمانه، أو بالعكس وهكذا.

ثم إن أعطى مثلاً- خمسين {و} لم يعلم أنه هل لنفسه أو لضمانه {يقبل قوله إن ادعى ذلك} لنفسه أو لضمانه، وعلله الشرائع وجامع المقاصد وغيرهما بأنه أبصر بنيته، وغيرهم بأنه مما لايعرف إلا من قبله، وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتابى القضاء والشهادات.

فقد بنى العقلاء على القبول والشارع لم يردعه، بل أيده بحجيه ذى اليد، ومسأله الحيض والحمل وما أشبه.

أما قول الجواهر: ويقبل قوله مع اليمين، فإنه يريد مقام النزاع، فإنه منكر لقول المدعى، وحيث لا شاهد كان عليه اليمين بمقتضى إطلاق «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»، وقال قولين مختلفين، فهل يؤخذ بالأول أو الأخير أو يتساقطان، احتمالات، ومحله كتاب (القضاء والشهادات).

{وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط} كما ذكره الجواهر تبعاً

فی ذلک للعلامه فی القواعد، وعلله جامع المقاصد بامتناع صرفه إلی إحدهما نظراً إلی عدم الأولویه فیتعین ذلک، قال: ویحتمل الآن صرفه إلی ما شاء، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه.

وذکر الجواهر مثل هذا الاحتمال أیضاً.

ومنه یعلم أن مرادهم بالتقسیط النسبه لا التنصیف، فإذا کان دینه مائه ودین للمضمون عنه خمسین وأعطی ستین، کان أربعون له وعشرون للمضمون عنه.

لکن الأقرب أنه یقع وفاءً لما فی ذمته، فإن کان ما أداه زائداً علیه کان الزائد عن المضمون عنه وإلا بقی الضمان علیه، وذلک لأن الأداء عن الغیر یحتاج إلی قصده، فما دام لم یقصد ذلک لم یکن أداءً، بخلاف ما علی النفس، فإنه لا یحتاج إلی قصد النفس لیکون أداءً عنها، وکذلک فی سائر الأمور کما إذا کانت علیه صلاه ظهر أو صیام نذر أو خمس أو زکاه أو حج نذر، وکان علیه أیضاً أمثالها لغیره استیجاراً، فإنه إذا أتی بأحدها بدون قصد الغیر کان ما أتی لنفسه، وإذ لم یقع ما أعطی عن المضمون عنه لا حق له فی الرجوع إلیه.

ومما تقدم ظهر الإشکال فی قول المستمسک من تمثیله المقام بما إذا کان علیه صومان أحدهما للکفاره والآخر للقضاء، فصام یوماً ولم یعین فإنه یبطل، ولا یصح لأحدهما، قال: وکذا فی المقام ما دام کل واحد من الدینین متعیناً فی نفسه فی مقابل الآخر، لم یحصل الوفاء القصدی إلا بقصد أحد المتعینین، وإلا خرج عن کونه قصدیاً، إلی آخر کلامه.

إذ قد تقدم أن الأصل کون الوفاء عن النفس، وإن لم یقصد کونه عن نفسه،

ويحتمل القرعه، ويحتمل كونه مخيراً فى التعيين بعد ذلك

فليس المقام من قبيل صومين كليهما عن نفسه، كما أنه ليس كذلك ما إذا كان صومان كلاهما عن غيره، مثل صوم زيد وصوم عمرو، كما أنه ظهر بما تقدم الإشكال فى التقسيط.

{ويحتمل القرعه} كما فى الجواهر وغيره، واستوجهه المحقق الثانى، وذلك لأنها لكل أمر مشكل، وقد حقق فى محله، أن المشكل قد يكون ظاهرياً وقد يكون واقعياً، أى لا واقع له، كما إذا طلق زوجته ثم شك فى أن الطالق أيتهما، أو طلق واحده بدون تعيين، حيث تعين بالقرعه.

لكن احتمال القرعه ضعيف بعد أن كان مقتضى القاعده ما ذكرناه من أنه عن نفسه أو ما ذكروه من التقسيط، ولذا ضعف هذا الاحتمال السيدان الحكيم والجمال وغيرهما، وإن سكت على المتن جماعه من المعلقين.

{ويحتمل كونه مخيراً فى التعيين بعد ذلك} كما ذكر هذا الاحتمال غير واحد، وقد قال به المستمسك معللاً بأنه هو المتعين الذى تقتضيه الأدله، فيبقى المدفوع على ملك الدافع إلى أن يعين المراد له.

وفيه: ما تقدم من أن القاعده تقتضى التقسيط أو كونه عن نفسه.

نعم ما ذكرناه من كون القاعده الثانى إنما يصح إذا كان الدين عن نفسه وعن غيره، أما إذا كان الدين عن نفرين غيره، فالقاعده التقسيط بالنسبه، لما استدل له به فى المقام، فإنه وإن لم يصح فى المقام إلا أنه مقتضى القاعده فى دين نفرين.

والأظهر الأول، وكذا الحال فى نظائر المسأله، كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه، فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع

ثم إنه تترتب بعض الآثار على قول المستمسك وقولنا وقول المقسط، حيث إنه لا خمس عليه على قولنا، إذ قد ذهب ملكه فلا شيء له عند رأس السنه حتى يخمس، بينما المستمسك يلزمه إعطاء الخمس الكامل، أما القائل بالتقسيط فاللازم عليه إعطاء خمس غير مقدار دينه، إذ ما يقع للمضمون عنه من المال يبقى بدله فى كيس الضامن، وحيث إنه ربح كان عليه خمسه.

{والأظهر} ما ذكرناه، وإن كان الأظهر عند المصنف ومن لم يعلق عليه من المحشين {الأول، وكذا الحال} فى التقسيط عنده {فى نظائر المسأله، كما إذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما} فإن المدفوع لو كان الأول بطل الرهن، وإن كان الثانى بقى الرهن فيسقط، لأن كليهما على نفسه، وليس أحدهما على غيره حتى يقال: بأن المعطى بإطلاق كان من المعطى.

فتحصل: أنه لو كان الدينان على نفسه، أو على غيره، كان مقتضى القاعده التقسيط، ولو كان أحدهما على نفسه كان مقتضى القاعده أن يكون عن نفسه لا عن غيره.

{أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع} حيث إنه إذا كان الوفاء عن القرض كان للبائع خيار عدم دفع الثمن، بخلاف ما إذا كان ثمن المبيع، أو إذا كان ثمن بيع الذهب وكان فى المجلس بطل البيع إذا قصد

وهكذا فإن الظاهر فى الجميع التقسيط، وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى، ويقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

به قرضه لا ثمن الذهب، ولم يدفع ثمن الذهب حتى تفرقا عن المجلس، إلى غير ذلك من الفوائد.

{وهكذا} فإن المسأله سياله {فإن الظاهر فى الجميع التقسيط} إن كانا على نفسه، أو على نفرين غيره، أو على إنسان غيره، وكونه عن نفسه إن كان الدينان على نفسه وعلى غيره.

{وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد} المبرئ {كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى} فإنه يسقط بينهما بالنسبه، وعلى قول المستمسك يبقى حتى يعين أنه يريد أحدهما أو كليهما بالتنصيف أو بالتقسيط أو بسائر النسب، فإن كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وإن كان من غيره رجع لما سبق من أنه لا يحق للضامن الرجوع إلا بمقدار ما دفع.

{ويقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله} وإن أنكره الطرف حلف، وقد تقدم وجه كلا الأمرين.

قال فى الجواهر: ولو ادعى أحدهما العلم على الآخر كان له اليمين على نفيه.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء، والله سبحانه العالم.

مسأله ۲۸ هل يشترط علم الضامن

(مسأله ۲۸): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه

(مسأله ۲۸): {لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه} وذلك لإطلاق الدليل أو مناطه بعد كونه عقلائياً، ولا غرر عرفاً فى ذلك، فلا يشمله نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، بل ربما استظهر من جامع المقاصد والمسالك ظهوره والتسالم عليه.

قال فى المستمسك: وعمومات الصحه تقتضى عدم اشتراط ذلك، وعدم الاشتراط هو الظاهر من كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم على كثرتهم، حيث سكتوا على المتن، إلا أن أحدهم تأمل فيه، بل مقتضى ذلك عدم اشتراط علم المضمون عنه ولا المضمون له، لما عرفت من الإطلاق، أو المناط العقلائيه، بل لو أصر على العلم، إذ لا إطلاق فى أدله الضمان نقول: بأن عمومات (أوفوا) ونحوه يشمله.

لكن قال فى الشرائع: ولا يشترط العلم بكميه المال، فلو ضمن ما فى ذمته صح على الأشبه، ويلزمه ما تقوم به البينه أنه كان ثابتاً فى ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد فى كتاب، ولا ما يقربه المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته فى الذمه وقت الضمان، انتهى.

وقال فى الجواهر بعد العباره الأخيره: كما فى القواعد ومحكى التحرير والإرشاد والمختلف حكماً وتعليلاً، وكذا المبسوط والسرائر، بل هو المحكى عن المفيد والتقى.

كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: علىّ ما عليه، صح

أقول: واستدل للاشتراط فى مفتاح الكرامه بعد أن نسبه إلى الأصحاب بقاعده نفى الغرر وبدليل العقل، لكن قد عرفت أن المشهور عند الأصحاب عدم الاشتراط، والعقل لا يرى به بأساً، بل يعتاد ذلك العقلاء، فلا غرر عرفى حتى يشمله دليل نفى الغرر((1))، وإذ يشمله الدليل فلا مجال للتمسك بأصاله عدم الصحه فى العقود المشكوكه.

{كما لا يشترط العلم بمقداره} ولا بجنسه، كما إذا لم يعلم أنه دينار أو درهم، أو لم يعلم أنه عشره أو مائه.

نعم يلزم أن لا يكون غرراً عرفاً، ويكون مقصوداً فى الضمان، فإذا كان قصده بين العشره والمائه وكان أكثر لم يكن ضامناً للأكثر منها، لأنه لم يقصده عند الضمان، والعقود تتبع القصود، وقد تقدم فى المسأله الأولى عدم اشتراط العلم بمقداره.

{فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال} الضامن: {علىّ ما عليه، يصح}.

ثم إن ادعى الضامن بعد ذلك أنه لم يعلم أن مقداره كان ألفاً، وإنما ظن أنه إلى المائه مثلاً، فهل يصدق حتى يكون الباقى على المضمون عنه نفسه، لأنه لا يعرف إلا من قبله، والأصل بقاؤه على ذمه المضمون عنه، أو لا يصدق، لأنه من قبيل الإنكار

1- الوسائل: ج ص266 الباب 12 من أبواب عقد البيع وشرائطه ح12

وحينئذ فإن ثبت بالبينه يجب عليه أداؤه، سواء كانت سابقه أو لاحقه، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان

بعد الإقرار، كما لو أقر أن ما فى صندوقه لزيد، ثم قال: ظننت أن فيه مال زيد والآن أرى أن فيه مالى وماله، أو يصدق فى ضمانه للأقل، وإنما يجب عليه أن يدفع التفاوت إذا سبب ضمانه تفويت المضمون عنه، لأنه غار، والمغرور يرجع إلى من غره، بخلاف ما إذا لم يكن غرور، احتمالات، والظاهر الأول ويلزم عليه اليمين لأنه منكر.

نعم إذا حصل الغرور، وإن كان عن جهل من الغار، كان عليه من بابه لا من باب الضمان.

{وحينئذ فإن ثبت بالبينه} أصله ومقداره {يجب عليه أداؤه سواء كانت} البينه {سابقه} على الضمان {أو لاحقه} لإطلاق دليل حجيه البينه، مثل قوله (عليه السلام): «إلا أن تقوم به البينه»، كما ذكرنا تفصيله فى كتابى: التقليد والقضاء.

{وكذا إن ثبت بالإقرار} من المضمون عنه {السابق على الضمان} لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فقد أقر المضمون عنه بأن عليه كذا فثبت عليه، فإذا ضمنه ضامن انتقل إلى الضامن.

نعم ينبغى أن يقال: إنه لو كذب الضامن المقر وأثبت ذلك ببينه سقط الإقرار، لأنه لا يقاوم البينه بعد أنه طريقى لا يثبت الحق واقعاً، كما أن اليد والسوق والأرض ونحوها تسقط حجيتها بالبينه.

أو باليمين المردوده كذلك، وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردوده

{أو باليمين المردوده} وكذلك قبل الضمان، كما إذا تنازع المضمون عنه وله فى أصل الدين، أو فى قدره، وقد أنكر المضمون عنه الدين أصلاً أو قدراً الذى يدعيه المضمون له، ولم يقم المضمون له البينه على دعواه، فكان على المضمون عنه اليمين على النفى فلم يحلف وردّ اليمين على المضمون له فحلف حيث يثبت بذلك الدين، بل ينبغى أن يقال مثله فيما إذا قلنا بأن مجرد النكول يثبت الدين، وإن لم يردّ اليمين.

{وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان} فهل يثبت على الضامن، لأن الإقرار مثبت، وقد ضمنه الضامن، وإن كان إجراء الضمان قبل الإثبات، كما إذا كان إجراء الضمان قبل البينه المثبته للدين، كما ذهب إليه أبو الصلاح وأبو المكارم فى ما حكى منهم، أو لا يثبت، كما فى الشرائع على تفسير الجواهر، قال مازجاً: ولا ما يقربه المضمون عنه بعد الضمان الذى يكون إقراراً فى حق الغير، احتمالان.

{أو ثبت باليمين المردوده} بعد الضمان، فهل يثبت كما حكى عن المقنعه فألزمه به، وفى المسالك بناءً على كون اليمين المردوده كالبينه يتجه وجوب الأداء عليه، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه، لأن الحق يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار، أو لا يثبت كما يظهر من الشرائع قال: ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أو يفصل بين رضى الضامن فالأول، وبين عدم

فلا يكون حجه على الضامن إذا أنكره

رضاه فالثانى، كما عن النهايه والقاضى.

قال فى الجواهر نقلاً عنهما، قال: فإن حلف، أى المضمون له على ما يدعيه، واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه، لصيروره الخصومه معه أيضاً، فيكون اليمين حجه فى حقه، احتمالات.

{ف_} المصنف على أنه {لا يكون} إقرار المضمون عنه بعد الضمان وحلف المضمون له اليمين المردوده عليه من قبل المضمون عنه {حجه على الضامن إذا أنكره}.

أما عدم الثبوت بالإقرار، فلأنه إقرار فى حق الغير، وأما عدم الثبوت باليمين المردوده، فلما ذكره المستمسك من أنها بمنزله الإقرار من هذه الجهه لا تكون حجه للحاكم فى فصل الخصوصه لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك.

أما من قال بحجيه الإقرار، فقد استدل له بأنه إقرار فى حق النفس، إذ الضامن يرجع إلى المضمون عنه بالآخره، بالإضافه إلى أنه واقع كثيراً فيلزم من عدم سماع إقراره هدر الحق، فهو أولى بالسماع مما إذا أقر بأنه قتل فلاناً خطأً، حيث إن الديه على العاقله ولم يقل أحد بأنه لا يسمع الإقرار بالقتل خطأً، وكذا إذا أقر الفقير بأنه مدين لفلان، فيما إذا كان الدين على الزكاه، إلى غير ذلك من الأمثله.

وهذا أقرب إلى الصناعه، وإن كان الأصل مع المصنف.

وأما من قال بالثبوت باليمين المردوده، فقد استدل له بأنها حجه، وإطلاق أدلتها يقتضى عدم الفرق بين كونها قبل الضمان أو بعده، فإذا ثبت فى حق المضمون عنه ثبت على الضامن، فالقول بقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك غير ظاهر الوجه.

ويلزم عنه بأدائه فى الظاهر، ولو اختلف الضامن والمضمون له فى ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له

ومنه يعلم عدم الفرق بين رضى الضامن وعدمه، إذ الإطلاق شامل لهما، وهذا أيضاً أقرب إلى الصناعه، وإن كان عدم الحجيه على الضامن مقتضى الأصل.

{ويلزم} المضمون عنه {بأدائه} أى أداء الدين الذى أقر به، أو رد اليمين فحلف المضمون له {فى الظاهر} حسب الإقرار والحلف، وإنما قال: (فى الظاهر) لأن الإقرار والحلف لا يثبتان الواقع فهما كالبينه طرق ظاهريه.

وقد أشكل المستمسك على الماتن بقوله: هذا اللزوم غير ظاهر للعلم بفراغ ذمه المضمون عنه، لأنه إن كان مشغول الذمه قبل الضمان فقد برأت بالضمان، وإن كان برىء الذمه قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه، انتهى.

ويرد عليه: إن الحكم ظاهرى، حيث إنه لم يدل دليل على ضمان الضامن، وقد اعترف بأنه مديون كان اللازم عليه الأداء، فهو كما إذا اعترف بأنه مديون والضامن يعلم بأنه ليس بمديون، فإنه ليس على الضامن أن يؤدى، وإن كان اللازم بحكم إقراره الأداء.

{ولو اختلف الضامن والمضمون له فى ثبوت الدين أو مقداره} سواء فى المقام أو غيره، كما إذا ضمنه على دين معلوم ثم اختلفا، سواء فى الدين لإدعاء الضامن أن المضمون أبرأ أو قبل تبرعاً من غيره فلا يطلب شيئاً، أو فى مقداره.

{فأقر الضامن} بما يقوله المضمون له {أو رد اليمين على المضمون له

فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً، وإن كان أصل الضمان بإذنه.

ولا بد فى البينه المثبته للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان

فحلف} حيث لم تكن بينه {ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان} المضمون عنه {منكراً} وذلك لأن إقرار الضامن لا يثبت الدين على المضمون عنه، فإن الإقرار يثبت على المقر لا على غيره، وكذا حال اليمين المردوده.

{وإن كان أصل الضمان بإذنه} فإن إذن المضمون عنه لا يوجب حجيه الإقرار ونحوه فى حقه، فإنه لا تلازم شرعى ولا عقلى بينهما.

{ولابد فى البينه المثبته للدين} الموجبه لاشتغال ذمه الضامن {أن تشهد ثبوته حين الضمان} فإن الضمان نقل ما فى ذمه المضمون عنه، وحيث لا تثبت البينه اشتغال ذمته، وقد فرض عدم العلم به، لم يكن نقل، فإن البينه على خمسه أقسام:

لأنها أما تثبت الدين قبل الضمان بما يمكن بقاؤه وعدمه إلى حين الضمان، كما إذا أثبتت أن ذمه المضمون عنه كانت مشغوله قبل سنه من الضمان.

أو تثبت حين الضمان ومثله قبل الضمان بما لا يمكن سقوطه.

أو تثبت بعد الضمان بما لا يدل على كونه حين الضمان، إذ ربما تثبت أنه مديون مائه لاشتراء الأكل لنفسه وعائلته، وقال إن دينه فى شهر محرم، فإن الاشتراء لم يتحقق قطعاً بهذا الثمن لشهر محرم، مما يدل على أنه كان فى وقت الضمان وهو شهر ذى الحجه مديوناً.

أو تثبت مطلقاً، أى ديناً ممتداً من قبل الضمان إلى الحال.

أو تثبت فى الجمله، بأن قالت إنه مديون بدون تعيين المده، مما

فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداؤه.

يمكن انطباقه على كل من الأربعه المتقدمه، والضمان إنما يكون فى صورتين: الإطلاق، وحين الضمان.

{فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه} أو أثبتت الدين السابق مما يمكن بقاؤه وعدمه حين الضمان {لم يجب على الضامن أداؤه}، أما فى الأولين فلعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلى ذمه الضامن والأصل عدمه، وأما فى الثالث فلأن الاستصحاب وإن كان محكماً فى بقاء الدين، إلا أن المنصرف من الضمان غير مثل الدين المستصحب.

نعم إذا كان من قصدهما حتى المستصحب منه، أى ما يثبت شرعاً، كان اللازم الأداء، وقد ذكروا مثله فى باب قيام البينه بجرح الشهود بعد الحكم وأنه يوجب نقض الحكم فى ما تعلق الجرح بوقت الشهاده أو كان متعلقاً بالممتد، لا ما إذا تعلق بقبل الشهاده أو بعدها أو فى الجمله.

مسأله ۲۹ لو قال: على ما تشهد به البينه

(مسأله ۲۹): لو قال الضامن: علىّ ما تشهد به البينه، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه، فما فى الشرائع من الحكم بعدم الصحه لا وجه له، ولا للتعليل الذى ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته فى الذمه

(مسأله ۲۹): {لو قال الضامن علىّ} ما أقر أو يقر بثبوته عليه ضمن بما حصل بالنسبه إليه إقرار، وذلك لأنه ضمان عقلائى لم يردع الشارع عنه فيشمله دليله.

فاحتمال أنه لا يضمن مطلقاً، لأن الإقرار لا يثبت الواقع، والضامن إنما يضمن الواقع، أو لا يضمن فى الثانى، أى ما أقر بعد الضمان، لأنه حال الضمان لم يكن مشغول الذمه لا قطعاً ولا إقراراً، لفرض أن الإقرار حصل بعد الضمان، غير وجيه.

ولو قال الضامن: علىّ {ما تشهد به البينه، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام} أى حين الضمان، أى سواء شهدت امتداداً أو فى ذلك الوقت، كما عرفت فى المسأله السابقه، {لأنها} أى الشهاده {طريق إلى الواقع، وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه} قال (عليه السلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين، أو تقوم به البينه».

إلى غير ذلك من الأدله المثبته لحجيه البينه.

{فما فى الشرائع من الحكم بعدم الصحه لا وجه له، ولا للتعليل الذى ذكره بقوله: لأنه لا يعلم ثبوته فى الذمه}، قال: لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح، لأنه

إلا أن يكون مراده فى صوره إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان،

لا يعلم ثبوته فى الذمه وقت الضمان.

أقول: هذا الحكم محكى عن القواعد والتحرير والإرشاد والمختلف، معللين له بهذا التعليل، كما حكى عن المفيد والتقى والمبسوط والسرائر.

قال فى الجواهر: وفسر فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحه الضمان بثبوت الدين فى الذمه حاله فضمانه حينئذ بالصيغه المزبوره شامل لما إذا كان كذلك ولما يتجدد، فلا يصح، إذ لا يدل على الضمان المتقدم، لأن العام لا يدل على الخاص. وفيه: إن المتجه ـ مع فرض إراده العموم من الصيغه لاقتضاء لفظ (ما) ذلك ـ الصحه فى الثابت بها وقت الضمان، والبطلان فى المتجدد، لا الفساد فى الجميع، ولعل الأولى تفسير ذلك بإراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك، لأنه حينئذ من ضمان ما لم يجب، ضروره عدم جعل عنوان الضمان ما فى ذمته والبينه طريق لمعرفته، بل كان العنوان ما يثبت، والفرض وقوعه قبل ثبوتها، ومن هنا أردف التعليل المزبور فى المختلف بقوله: فلا يصح لأنه ضمان لم يجب، انتهى كلام الجواهر ملخصاً.

أقول: إشكال الجواهر عليهما تام، إذ لا وجه لبطلان الخاص ببطلان العام بما هو عام، هذا بالإضافه إلى أن ما فسراه ليس ظاهر كلام المحقق كما اعترفا به، أما تفسير الجواهر فسيأتى الكلام فيه.

{إلا أن يكون مراده فى صوره إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان}

ص:۱۵۴

وأما ما فی الجواهر من أن مراده بیان عدم صحه ضمان ما یثبت بالبینه من حیث کونه کذلک لأنه من ضمان ما لم یجب، حیث لم یجعل العنوان ضمان ما فی ذمته لتکون البینه طریقاً، بل جعل العنوان ما یثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها، فهو کما تری لا وجه له.

إذ قد تشهد البینه بأنه کان مطلوباً حین الضمان، وقد تشهد بأنه کان مطلوباً قبل الضمان مما یحتمل بقاؤه وانتفاؤه، وقد تشهد بأنه کان مطلوباً بعد الضمان، وقد تشهد بالمطلوبیه الممتده الشامله للأوقات الثلاثه، وقد تشهد بالمطلوبیه فی الجمله، فإنه فی الأخبر لا یثبت، إذ لا دلاله للبینه حینئذ علی الطلب حال الضمان، مع أن الضمان لا یکون إلا إذا کان الطلب حال الضمان.

{وأما ما فی الجواهر من} تفسیر کلام المحقق بـ {أن مراده بیان عدم صحه ضمان ما یثبت بالبینه من حیث کونه کذلک} لأن الضمان لابد من تعلقه بالدین بعنوانه أو بعنوان ملازم له لیشار به إلیه، وما یشهد به البینه لیس کذلک، فالصحیح ما کانت البینه علی وجه المعرفیه والمشیریه إلی ما فی ذمه المضمون عنه، لا ما إذا کان الثبوت بالبینه علی وجه التقیید.

{لأنه من ضمان ما لم یجب، حیث لم یجعل العنوان ضمان ما فی ذمته لتکون البینه طریقاً، بل جعل العنوان} فی الضمان {ما یثبت بها} فی المستقبل {والفرض وقوعه} أی الضمان {قبل ثبوته بها} بالبینه {فهو کما تری لا وجه له}، کأن المصنف أراد أنه لا وجه لاستفاده الجواهر من الشرائع هذا المعنی، لا أنه علی تقدیر إراده

الشرائع هذا المعنى لا وجه للحكم المذكور.

وفيه: إن المختلف قد ذكر ذلك كما تقدم مما يؤيد إراده الشرائع هذا المعنى، فلا وجه لمنع المصنف إياه.

وإن أراد المصنف أنه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد من الشرائع ما فهمه الجواهر، ففيه: إن وجهه واضح، وهو أنه ضمان لم يجب.

وفى مفتاح الكرامه حمل العباره على أمر رابع، وهو عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله، فيكون من ضمان مجهول الثبوت وهو غير صحيح، لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان.

ورده المستمسك بأنه بعيد عن سيره الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان، كان اللازم عده فى جمله شرائطه التى فصلت فى كتبهم لا إهماله، والإشاره إليه بمثل هذه العباره، مضافاً على عدم الدليل عليه غير الغرر، وهو غير ثابت.

أقول: إن أراد عدم الثبوت نفى الموضوع، أى أنه لا غرر، ففيه إنه ثابت، إذ لا يرى العرف ذلك غرراً، وإن أراد نفى الحكم، أى إنه مع كونه غرراً لا مانع منه، لعدم ثبوت نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، كماهو الظاهر منه بقرينه تكراره (رحمه الله) فى جمله من كتبه من الشرح ذلك، ففيه إنه ثابت لورود الروايه، وقد عمل بها الفقهاء، بل ظاهرهم التسالم عليه.

مسأله ۳۰ جواز الدور فی الضمان

(مسأله ۳۰): یجوز الدور فی الضمان، بأن یضمن عن الضامن ضامن آخر ویضمن عنه المضمون عنه الأصیل، وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صیروره الفرع أصلًا وبالعکس، ولعدم الفائده لرجوع الدین کما کان مردود، بأن الأول غیر صالح للمانعیه، بل الثانی أیضاً کذلک

(مسأله ۳۰): {یجوز الدور فی الضمان، بأن یضمن عن الضامن ضامن آخر ویضمن عنه المضمون عنه الأصیل} کما هو المشهور، خلافاً للمحکی عن المبسوط حیث منعه.

أما المشهور فقد استدلوا بالإطلاقات مع أنه أمر عقلائی، فلا یقال: إن الإطلاق منصرف عنه لأنه غیر عقلائی والأدله منصرفه إلی العقلائیه.

{وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صیروره الفرع أصلًا وبالعکس}، وظاهر الدلیل عدم مثل ذلک، لأنه منصرف إلی الغالب العقلائی مما لیس منه ما یصیر کذلک.

{ولعدم الفائده لرجوع الدین کما کان} فلیس عقلائیاً حتی یشمله الدلیل {مردود بأن الأول غیر صالح للمانعیه} إذ لا نسلم أن ظاهر الدلیل عدم مثل ذلک، بل هو مثل ما إذا اشتری البائع ما باعه.

{بل الثانی أیضاً کذلک} لأن مجرد عدم الفائده لا یوجب الخروج عن إطلاق الأدله، کما فی المستمسک، فإن المعیار فی الصحه العقلائیه، وهی لا تلازم الفائده، بل تلازم الغرض العقلائی، بل العقلاء یقدمون علی ما فیه ضرر

مع أن الفائده يظهر فى الإعسار واليسار، وفى الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

لأجل حصول غرض لهم، كالبيع بالضرر لملاحظه أن المشترى قريب أو ما أشبه.

{مع أن الفائده يظهر فى الإعسار واليسار} فلو كان أحدهما معسراً ولم يعلم به المضمون له صح له الفسخ، بخلاف الموسر منهما.

{وفى الحلول والتأجيل} حيث يصح جعل الحال مؤجلاً وبالعكس، {والإذن وعدمه}، والرهن وعدمه، والإبراء ولوازمه، إلى غير ذلك.

لكن لا يخفى أنه لو لا الجواب الأول لم ينفع الجواب الثانى فى كليه صحه الضمان، إذ الجواب الثانى يصحح مواضع الفائده، نعم هو يبطل كليه عدم الصحه، لأن الموجبه الجزئيه نقيض السالبه الكليه.

وكيف كان، فالجواز مطلق، سواء كان بدون تعدد الوسائط أو تعدده، وهو مقتضى القاعده، ولذا قال فى الجواهر: لا إشكال فى جواز الدور.

{وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال} قاله فى الجواهر، وقال فى المسالك: لا شبهه فى جوازه، وقال فى محكى مجمع البرهان: الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب، وبذلك يظهر جواز اشتماله على الدور والتسلسل معاً.

مسأله ۳۱ لو کان المدیون فقیرا

(مسأله ۳۱): إذا کان المدیون فقیراً یجوز أن یضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزکاه أو المظالم أو نحوها من الوجوه التی تنطبق علیه، إذا کانت ذمته مشغوله بها فعلاً

(مسأله ۳۱): {إذا کان المدیون فقیراً} أو مستحقاً لسهم الإمام (علیه السلام)، مثلاً من باب أنه یخدم الإسلام، فقد قال الإمام (علیه السلام): «إن الخمس عوننا علی دیننا»، أو مستحقاً للزکاه من باب کونه عاملاً، أو مؤلفه أو ما أشبه.

{یجوز أن یضمن عنه} الولی کالمجتهد، أو من علیه الخمس والزکاه، حیث یجوز لهما صرفهما بأنفسهما، ولو بأن کانا استجازا الحاکم فی صرفهما بأنفسهما {بالوفاء من طرف الخمس أو الزکاه أو المظالم أو نحوها} کما إذا نذر أن یؤدی دیناراً إلی الفقیر، أو کان بیده وقف علی الطلاب أو ما أشبه ذلک {من الوجوه التی تنطبق علیه} لوضوح أن غیر المنطبق من الوجه لا یصح، فهو مثل أن یضمن بمال غیره.

{إذا کانت ذمته} ذمه الضامن {مشغوله بها فعلاً} وإنما یصح ذلک لأنه من قبیل الضمان فی مال معین کما تقدم فی المسأله الرابعه والعشرین، فقد شغل الذی علیه الحق ذمته بالدین الذی علی الفقیر علی وجه اشتراط، أو تقیید إعطائه من المال الخاص الذی علیه من الخمس والزکاه ونحوهما، وإنما یصح له ذلک لأنه ولی سواء کانت ولایته بالفقاهه، أو بالإجازه من الفقیه، أو لأنه الواجب علیه الحق بنفسه وله أن یضعه حیث یشاء من المصارف المقرره، وهذا مصرف مقرر شرعاً، وعلیه فالذمه مشغوله.

أما الاحتمالان الآخران اللذان ذکرهما المستمسک من نقل الدین من ذمه الفقیر إلی مصرف الخمس أو غیره، بأن یکون المتعهد الصرف الخاص ومن التعهد

بل وإن لم تشتغل فعلا

بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لأن التعهد كان بالوفاء لا بالمال، فيرد عليهما أنهما ليسا من الضمان الشرعي، فإنه حيث لا ذمه للضامن تتحمل الدين لم يكن ضمان.

أما إشكاله على ما ذكرناه من الفرض بأنه يتوقف على ولايه له على الحق، وثبوت هذه الولايه غير واضح من الأدله، خصوصاً في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها إلى الفقير، فإنه لا تبرأ ذمه من عليه الحق إلا بالتمليك، والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً، إلى آخر كلامه.

فيرد أن الحاكم أو من أجازه، أو من عليه الحق إذا كان له التصرف كما يشاء له ولايه، فإن جعل الحق تحت اختياره هو عين الولايه، والضمان المتعقب بالعطاء وفاء، وقد ذكرنا في كتابي (الاجتهاد والتقليد) و(الحكم في الإسلام) وغيرهما شمول ولايه الفقيه لكل الشؤون في الإطار الإسلامي، كما هو المستفاد من «خلفائي» و«فارجعوا» وغيرهما.

ومنه يعلم وجه سكوت جمله من المعلقين كالسيد البروجردي وغيره على الماتن، وإن قال السيد ابن العم: بل لا يجوز مطلقاً، وقال السيد الجمال: جواز الضمان في غايه الإشكال خصوصاً في ما عدا الخمس والزكاه بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً.

{بل وإن لم تشتغل فعلًا} كما إذا لم يكن عند الحاكم خمس أو زكاه،

على إشكال.

أو لم يخمس إلى رأس السنه من عليه الخمس والزكاه، وذلك لأن الفرض أن الضامن ينقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه نفسه مقيداً أو بشرط أدائه عن الحقوق، ولا يشترط فى ذلك وجود الحقوق الآن، نعم لا يصح أن يضمن العطاء حالا، والحقوق ليست موجوده الآن، إذ لا موضوع حينئذ، وذلك خارج عن أصل مبحث صحه ذلك فى الجمله، فهو مثل أن يضمن بشرط أو قيد أو يؤديه من إجاره داره أو ثمره بستانه، وكلاهما لا- وجود لهما فعلاً، وانما يصح ذلك لإطلاق دليل الضمان بعد كونه عقلائياً فى نفسه.

{على إشكال} إذ لا- ولا-يه للحاكم والمالك على الخمس والزكاه قبل وجودهما، فكيف يجعلهما متعلق حق الضمان، لكن الظاهر عدم الإشكال فيه، لأ-ن السيطره الاستقباليه تصحح الولا-يه الحاليه، فهو نظير ما إذا اشترى ولى الزكاه محلاً- لتجميع الزكوات أو علفاً لأنعام الصدقه إلى غير ذلك نسيئه فيما لا وجود للزكاه حالاً، فإن الاشتراء يكون على الزكاه بجعله الثمن عليها حين وصولها إليه، ولذا جرت سيره الفقهاء على القرض لمشاهره الطلاب وسائر شؤون الإسلام على الخمس والزكاه الذين يحصلانهما بعداً.

مسأله ۳۲ الضمان للحاكم عن من عليه الخمس

(مسأله ۳۲): إذا كان الـدين الذى على المديون زكاةً أو خمساً، جاز أن يضـمن عنه ضامن للحاكم الشـرعى، بل ولآحاد الفقراء، على إشكال.

(مسأله ۳۲): {إذا كـان الـدين الـذى على المـديون زكـاةً أو خمساً} أو جزيةً أو خراجاً أو مقاسـمه {جاز أن يضـمن عنه ضامن للحاكم الشـرعى} أو للساده والفقراء وسائر المصارف، إذا كان لمن عليه الحق أن يعطيه بنفسه، إما ابتـداءً أو بعـد إجازه الحاكم له، ولذا قال: {بل ولآحاد الفقراء}، وذلك لأن الحاكم ونحوه لهم تلك الأموال، ومن عليه الحق مديون، وإطلاق دليل الضـمان يشمل الضمان فى مثل هذه الموارد.

ومنه يعلم وجه قول المسـتمسك: وكـذلك الحكم فى الصدقات المعينه للجهات إذا كانت ديناً فضـمنه للجهه المعينه اعتبر قبول الولى الخاص إن كان، وإلا كان القبول من الحاكم الشرعى، كل ذلك لعموم الأدله المقتضيه للصحه، انتهى.

وكذلك ما إذا كان ريعه للطلبه مثلاً فى هذه المدرسه فضـمنه ضامن، إلى غير ذلك من الأمثله، وقد جرت العاده بضـمان بعض لمن عليه الخمس عند حكام الشرع فى عصرنا الحاضر على ما شاهدناه.

{على إشـكال} غير وجيه، وإن سكت عليه السيدان ابن العم والبروجردى، وقواه السيد الجمال، وظاهر المستمسك تأييده، حيث قـال: الإشـكال ظـاهر، لأن آحاد الفقراء لا يملكون المال، بل ولا حق لهم فيه، إذ لا دليل لهم على شـىء من ذلك فلا ولايه لهم عليه.

وفيه: أولاً: إن دليله أخص من المدعى، اللهم إلا أن يريد المصنف الإشكال فى الثانى فقط، كما يقتضيه ما قالوه فى الاستثناء المتعقب للجمل.

وثانياً: بأن آحاد الفقراء لهم الحق، فإن الطبيعه لا تتحقق إلا فى أفرادها، خصوصاً إذا انحصر الأمر، مثلاً كان فى قريه لا يتمكن من إيصال زكاته إلى غير فقراء تلك القريه وكانوا عشره.

قال سبحانه: (والَّذين فى أَمْوالِهِمْ حَقٌّ معلوم لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ)((١))، وقال سبحانه: (إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ)((٢))، إلى غير ذلك.

بل ربما يؤيد ذلك أنه كما يصح أن يعطى المديون بالخمس ونحوه المال لإنسان حتى يوصله إلى الفقير ونحوه، يصح له أن يفرغ ذمته إلى ذمه غيره، ولا فرق بين العين والذمه.

نعم ينبغى أن يقال فى المقام إن بعض الأحكام التى تقدمت فى باب الضمان لا يجرى فى المقام، مثل أنه لا يحق للضامن المصالحه مع الفقير ونحوه بأقل من الخمس المقرر، لما دل على عدم هذا الحق فى المديون بهما، وكذلك إذا لم يؤد الضامن كان للمصرف الحق فى الرجوع إلى المضمون عنه، إذ الضمان فى المقام لا يمكنه تغيير الحكم الشرعى الذى هو عدم سقوط حق

١- الذاريات: الآيه ١٩

٢- التوبه: الآيه ٩ و ٦٠

الفقير ونحوه، فالجمع بين إطلاق دليلى الضمان وأن الحق لا يضيع يقتضى ذلك.

إلى غيرهما من بعض الأحكام التى تستثنى فى المقام لأجل الدليل الخاص.

ص:١٦٤

مسأله ۳۳ إذا ضمن فی مرض موته

(مسأله ۳۳): إذا ضمن فی مرض موته، فإن کان بإذن المضمون عنه فلا إشکال فی خروجه من الأصل، لأنه لیس من التبرعات، بل هو نظیر القرض والبیع بثمن المثل نسیئه، وإن لم یکن بإذنه فالأقوی خروجه من الأصل کسائر المنجزات،

(مسأله ۳۳): {إذا ضمن فی مرض موته، فإن کان بإذن المضمون عنه} حیث للضامن أن یرجع إلیه إذا أداه إلی المضمون له {فلا إشکال فی خروجه من الأصل، لأنه} أی الضمان بإذن المضمون عنه {لیس من التبرعات بل هو نظیر القرض والبیع بثمن المثل نسیئه} وما أشبه ذلک من سائر معاملات المریض، لکن إطلاق قوله: فلا إشکال محل منع، إذ قد یکون بإذنه مع أن فیه إشکالاً من جهه أنه یعلم عدم تمکن المضمون عنه من الوفاء، فیکون مثل التبرع یلزم أن یکون من الثلث علی قول من یری أن مثل ذلک من الثلث.

ونسبه المستمسک ذلک إلی المسالک مطلقاً، غیر ظاهر الوجه، فإن المسالک قال فیما لو ضمن بسؤال أنه کما لو باع بثمن المثل نسیئه فالوجه حینئذ أنه متی أمکن الرجوع علی المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم یمکن لإعساره ونحوه فهو من الثلث، ولو أمکن الرجوع بالبعض فهو کبیع المحابات یتوقف ما یفوت منه علی الثلث.

{وان لم یکن بإذنه فالأقوی خروجه من الأصل کسائر المنجزات} علی ما قویناه فی بابه.

نعم على القول بالثلث يخرج منه.

{نعم على القول بـالثلث يخرج منه} كما جعله الشـرائع الأصـح قائلاً: إذا ضـمن المريض فى مرضه ومات فيه خرج ما ضـمنه من ثلث تركته على الأصح.

وحيث رأى الجواهر الإشكال فى كلام المحقق قيده بكون الضمان تبرعاً، ولعله لما ذكره المستمسك من أن قوله خرج ما ضمنه من ثلث تركته ظـاهر فى الضـمان التبرعى الـذى يحتـاج إلى المخرج، إذ الضـمان المـأذون فيه لا نقص فيه مالى كى يحتاج إلى المخرج.

وكيف كان، فالمعلقون كافه الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن، وإن كان مقتضى القاعده ما ذكرناه.

ص:۱۶۶

مسأله ۳۴ إذا اعتبر مباشره المديون

(مسأله ۳۴): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه، كما إذا كان عليه خياطه ثوب مباشره

(مسأله ۳۴): {إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه}، لفرض أن المديون اشتغلت ذمته بنفسه، والضمان معناه انتقال ما فى ذمه المديون إلى ذمه الضامن، ومن المعلوم أن ما فى ذمه الضامن ليس مصداقاً لما فى ذمه المديون، لكن اللازم أن يقيد المتن بما إذا كان اعتبار مباشره المديون على نحو القيد، حيث إن المقيد عدم عند عدم قيده، أما إذا كان على نحو الشرط فإذا أسقط الشارط شرطه صح أن ينتقل إلى ذمه غيره، {كما إذا كان عليه خياطه ثوب مباشره}.

ثم إنه يستثنى من صوره القيد ما ذكره المستمسك بقوله: اللهم إلا- أن يقال: لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون، فمباشره الخياطه مثلاً إنما تقتضى اعتبار صدور الخياطه من المديون ولا تقتضى اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط، بأن يستأجر زيد على خياطه ثوب، ويشترط أن يكون المباشر للخياطه عبده أو أجيره، انتهى.

أقول: ومراده ما إذا أمكن الجمع بين الضمان والمباشره، لا ما إذا كان الضمان سبباً لعدم المباشره مثلاً، فإنه حيث إن الضمان يتنافر مع المباشره لا مجال للضمان حينئذ، ولذا كان تخصيص المتن بذلك أولى من قوله: (اللهم).

وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين، كما إذا باع صاعاً من صبره معينه فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها

{وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون}، يأتى هنا ما ذكرناه من مسأله القيد والشرط، وما ذكره المستمسك من أن اعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضى اختصاص التعهد به بمالك المال بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به.

ثم إنه لا يمكن الضمان أيضاً فيما إذا كان الدين مقيداً بما لا يقدر الضامن من إنجازه، أو مشروطاً كذلك ولم يسقط الشرط، مثل كون الأداء فى زمان خاص أو مكان خاص أو ما أشبه، فكان على المصنف أن يذكره أيضاً.

{وكذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين، كما إذا باع صاعاً من صبره معينه} إذا كان الأمر على نحو اشتغال ذمه البائع بأن ينقل إلى ذمه الضامن ما كان فى ذمه المضمون عنه، وعليه فإشكال المستمسك عليه بقوله: الكلى فى المعين ليس ثابتاً فى ذمه فلا يكون ضمانه من ضمان ما فى الذمه الذى هو موضوع كتاب الضمان، انتهى، محل نظر.

{فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها}، نعم يجوز الضمان عنه والأداء من نفسها، كما إذا كان المالك للكلى فى المعين من صبره متعدداً فضمن أحدهما عن الآخر، وقد تقدم أن ضمان الأعيان لا بأس به إذا كان على نحو اشتغال الذمه.

مع بقاء تلك الصبره.

أما قول المصنف: {مع بقاء تلك الصبره} فهو لإفاده أن التلف إذا كان بحيث لم يبطل البيع انتقل الأمر إلى الذمه ومع الانتقال إليها يصح الضمان.

قال فى المستمسك: فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبره لا مانع من صحته، ولو ضمنه بقصد الأداء من صبره أخرى مع بقاء تلك الصبره لم يصح، لأن الأداء من الصبره الأخرى ليس أداءً للمضمون، بل أداءً لغيره.

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه من مقتضى القاعده وجه الإيراد فى سكوت غالب المعلقين ومنهم الساده البروجردى وابن العم والجمال على المتن.

ومن الكلام فى الكلى فى المعين يظهر الحكم فى الكسر المشاع لوحده المدرك فيهما.

ص:۱۶۹

مسأله ۳۵ ضمان نفقه الزوجه

(مسأله ۳۵): يجوز ضـمان النفقه الماضيه للزوجه لأنها دين على الزوج، وكذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنه فى صبيحته لوجوبها عليه حينئذ

(مسأله ۳۵): {يجوز ضمان النفقه الماضيه للزوجه} بلا خلاف ولا إشكال كما فى الجواهر وغيره، ويظهر من جماعه كالمسالك ونحوه التسالم عليه {لأنها دين على الزوج} كما قرر فى باب النفقات، وكل دين يصح ضمانه للإطلاق.

{وكـذا نفقـه اليـوم الحاضـر لهـا إذا كـانت ممكنه} للزوج {فى صـبيحته} كمـا عن الشـيخ والحلى والعلامـه والمحققين وثـانى الشهيدين وغيرهم {لوجوبها عليه حينئذ}.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشـرائع: ويصح ضـمان النفقه الحاضره لها أيضاً لاستقرارها وثبوتها فى ذمه الزوج بصبيحه ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه.

أقـول: ظـاهر المسالـك أنه لاـ إشـكال فيه، وعلله بأنهـا تحتـاج إلى الطحن والخـبز والطبـخ، لكن فى الجواهر إن أدله الإنفـاق لا تقتضـى الملـك، فضـلاً عن ثبوته فى صبيحه اليوم، وفيه: إن ظـاهر الأـدله ومنها قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بـالمعروف) هو الملـك، فـإن حملهمـا على المصـدر لا العين خلاف المنصـرف منهما، مضافاً إلى أن ظاهر المصـدر فى الأمور الماليه أيضاً الوضع الناشئ عن التكليف، فإذا قال: أعطه ديناراً، رآه العرف مديوناً

وإن لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها فى أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك

بحيث يحق له التقاص، لكن حيث إن اللازم النفقه لا- خصوصيه لها فى الصباح فالمعيار وقت الأكل واللباس، فلو أعطاها فى الصيف لباس الشتاء، حيث يتعارف ذلك ولم يهب، بل بعنوان النفقه، حق له أن يأخذه ويبدله بغيره وقت إرادتها أن تلبس، إذ لا دليل على ملكها له من وقت الإعطاء بدون نيه التمليك لها.

وكذا بالنسبه إلى النفقه، فلو اشترى من أول الصباح طعاماً مطبوخاً ليومها، ثم أراد تبديله إلى غيره وقت الغداء جاز له، ولذا قال المستمسك: تعيين أول اليوم لا دليل عليه، ومقتضى الأدله حصول الملك عند الحاجه.

ثم لو أعطاها قبل الوقت حباً فطحنته، أو صوفاً فغزلته، فهل تملك بذلك لهما، أو له الحق فى أخذهما وتبديل ذلك بغيره، احتمالان، من أصل عدم الملك، وإنما لها أجره عملها، أو الشركه لها معه فيما إذا ارتفعت القيمه من باب أن العرف يراه حقاً لها، فيشمله: «لا يتوى حق امرئ مسلم» والحق فيه لا أنه أجره، ومن أن الرزق يضاف إليها فيدخل فى (رزقهن) والاستصحاب يقتضى البقاء.

{وإن لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها فى أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك} إذ النفقه إنما هى للمرأه الممكنه، والنشوز يكشف عن عدم الموضوع وإن ظن الرجل وجود الموضوع، ومثله عكسه، فإذا ظن بقاء النشوز فلم يدفع، وفى أثناء النهار رجعت إلى الطاعه كان الحكم وجوب النفقه.

ثم حيث إن النفقه ـ كما يراها العرف ـ لمجموع الوقت، سواء فى اللباس أو المسكن أو المأكل أو ما أشبه، كان اللازم تقدير النفقه بقدر زمان الطاعه، مثلاً لو كانت عنده أسبوعاً، وكانت النفقه للأسبوع لباساً وأكلاً وسكنى لمده أسبوع بمائه، ونشزت نصف الوقت لم يكن لها إلاّ خمسون، وعليه فإذا نشزت اثنتى عشره ساعه فى اليوم والليله لم يكن لها إلاّ نصف قدر النفقه، فلا اعتبار بوقت الأكل وغير وقت الأكل، بل الاعتبار بقدر الزمان، فلو نشزت من أول الصباح إلى الظهر ثم أطاعت وقت الغداء لم يكن لها الغداء الكامل.

وكذا إذا انعكس بأن أطاعت من أول الصباح إلى الظهر ثم نشزت وقت الغداء لم يسقط كل النفقه، بل بقدر النشوز، وهكذا فى الكسوه والمسكن.

هذا هو مقتضى الأصل الأولى، حيث إن الكلام ملقى إلى العرف، والعرف يفهم ذلك، فلا ينقض بأنه إذا ماتت قبل الظهر وهى مطيعه يلزم أن يكون لها بعض النفقه، مع أن العرف لا يرى لها ذلك، كما لا ينقض بأنه إذا تزوجها قبل الظهر يلزم أن لا يكون لها النفقه الكامله عند الغداء، لأنها لم تكن زوجه من الصباح إلى الظهر.

وانما لا ينقض لأن العرف يرى الفرق بين النشوز وبين الموت والزواج كذلك، وقد عرفت أن العرف هو المناط فى المقام، لأن الكلام ملقى إليه، فاللازم أن يرى أنه كيف يستفيد، وإن كانت استفادته مختلفه.

ومما تقدم يظهر أن احتمال أن موضوع النفقه هو الزوجيه فى صبيحه اليوم، فإذا كانت زوجه حينئذ استحقت نفقه اليوم تامه، غير تام، وإن قال القواعد:

وأما النفقه المستقبله فلا يجوز ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد صحته لكفايه وجود المقتضى وهو الزوجيه،

إنها إذا ماتت أو طلقها فى أثناء النهار، ولم يسترد النفقه لأنها ملكتها.

وكذلك قال فى مفتاح الكرامه عند قول المصنف: (يصح ضمان النفقه الحاضره)، لأنها تجب بطلوع الفجر وتثبت فى ذمته.

وعلى ما ذكرناه من أن العرف هو المحكم، وهو يرى التقسيط إذا كانت تأكل مرتين مره عند طلوع الشمس ومره عند غروبها، وكانت ناشزه اثنتى عشره ساعه لم تستحق إلاّ مره واحده، فإذا نشزت بعد أكل وجبه الفطور إلى اثنتى عشره ساعه لم تستحق وجبه الغروب، وإن كانت مطيعه عنده وهكذا، والضمان لنفقتها إنما يكون بقدر استحقاقها.

{وأما النفقه المستقبله فلا يجوز ضمانها عندهم}، قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: يصح ضمان النفقه الماضيه والحاضره للزوجه لا المستقبله، كما فى المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك، وفى مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه وهو كذلك، {لأنه من ضمان ما لم يجب}.

وفى مفتاح الكرامه: لأن النفقه عندنا إنما تجب بالعقد مع التمكين الكامل، وهى أن تخلى بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً، والتمكين الكامل ليس بحاصل فى زمان لم يقع بعد.

{ولكن لا يبعد صحته، لكفايه وجود المقتضى وهو الزوجيه} وإن كان صرف المقتضى لا يجعله من الضمان المصطلح الذى هو نقل ما فى الذمه، إذ لا اشتغال بعد، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى الشرط الثامن من شروط الضمان.

وأما نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه

ولذا تأمل فيه الوالد (قدس سره)، وقوى السيدان ابن العم والجمال عدم الصحه، وقال البروجردى إنه بعيد، فإذا لم تطمئن المرأه بإنفاقها أو بإعطائها المهر مثلاً حين أراد عقدها، صح لها أن تجعل ذلك شرعاً على الضامن فى ضمن عقد لازم أو ما أشبه.

{وأما نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه} كما فى القواعد، وعن التذكره وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، كذا فى مفتاح الكرامه.

وعلله فى الجواهر _ بعد ما استظهره من الشرائع _ بعدم ثبوتها فى ذمته، وإن قصر فى دفعها لأنها من خطاب المواساه الذى لا يقتضى إثباتاً فى الذمه.

أقول: لو لا دعوى الإجماع _ على ضعفه لأنه محتمل بل ظاهر الاستناد _ كان مقتضى الصناعه صحه ضمان الماضيه، نحو ما تقدم فى الزوجه، لأن الظاهر من أدله المال الوضع لا التكليف المجرد.

ولذا قال فى الجواهر: قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء فى كل حق مالى لا ذمى، ودعوى كون الحق هنا خصوص السد الذى لا يمكن تداركه، واضحه المنع بعد إطلاق الأدله المزبوره، وحرمه العله المستنبطه عندنا.

أما ما فى المستمسك، حيث أشكل على الجواهر بأن أدله النفقه للأقارب قاصره عن إثبات ملك المال،

إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه

ففى خبر حريز، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): من الذى أجبر عليه وتلزمنى نفقته، فقال: «الوالدان والولد والزوجه»، ونحوه غيره.

وهى كما ترى، لا تعرض فيها لملك عين النفقه، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقه فى زمان الحاجه إليها، فلا موضوع له بالنسبه إلى الزمان الماضى، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضى للقضاء، انتهى.

فيرد عليه: أولاً: أن لا قصور فى الأدله، حيث تقدم أن المفهوم عرفاً من الأمر بالماليات الوضع.

وثانياً: إن الروايه لا دلاله فيها على العدم، بل دلالتها على الوضع أقرب، حيث أردفت الوالدين والولد بالزوجه.

ولولا ما ذكرناه لم يبق مجال لاستثنائه بقوله: {إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه} إذ لا دليل على أن الإذن يوجب الضمان، فهو مثل أن يقول له: أنفق على نفسك من مالك وعلىّ بدله، حيث لا يلزم ذلك كونه عليه، إذ ليس هو إلا وعداً.

فقول المستمسك: هذا واضح، فإن الإذن كاف فى صحه الاستقراض، غير ظاهر الوجه، إلا إذا أريد الاستقراض على الذى أذن، فيكون المال ماله ويتصرف فيه المستقرض بإذنه، لكنه بعيد عن متبادر العباره حيث ظاهرها أن يستقرض على نفس المستقرض.

على أى حال، فإذا قال له القريب: اقترض على نفسك وعلى بدله، كان وعداً لم يجب، إلا أن يقال: إنه واجب عليه بعد أن كان مغروراً، وهو يرجع إلى من غر، مثله ما لو قال: ألق متاعك فى البحر وعلىّ بدله، إلى غير ذلك، و

أو أذن له الحاكم فى ذلك إذ حينئذ يكون ديناً عليه، وأما بالنسبه إلى ما سيأتى فمن ضمان ما لم يجب، مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفى ولا تكون النفقه فى ذمته

إن قال له القريب: اقترض على وتصرف فيه، كان وكيلاً عنه فى الاقتراض، وعلى القريب البدل بلا إشكال.

{أو أذن له الحاكم فى ذلك} سواء قال له: اقترض على نفسك وبدله على القريب، أو اقترض على القريب وتصرف فيه، لإطلاق ولايه الحاكم، قال فى المستمسك: كما ذكره فى الشرائع وغيرهما ويظهر منهم المفروعيه عن صحته، {إذ حينئذ يكون ديناً عليه} على ما عرفت.

{وأما بالنسبه إلى ما سيأتى} من النفقه المستقبله {فمن ضمان ما لم يجب} لأن نفقه القريب فى المستقبل ليست واجبه على قريبه الآن، فكيف يضمنها إنسان، وقد عرفت أن الضمان نقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى.

{مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق} على الأقارب {حكم تكليفى} على ما ذكره (رحمه الله) {ولا تكون النفقه فى ذمته} إذ التكليف لا يلازم الوضع.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر النفقه الحاضره للأقارب، والظاهر أن لهم إجباره بسبب الحاكم، ويجوز للحاكم الأخذ من ماله، وأمرهم بالاستدانه عليه، أو على أنفسهم والوفاء من ماله.

ثم إن مقتضى ما رجحناه من الاقتراض عليه، وأنه حق عليه وضعى صحه ضمانه، أما على مقتضى ما ذكره المصنف من أنه ليس حقاً مالياً، وإنما هو

ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

تكليف فلا يصح الضمان، إذ لا شيء في ذمه القريب حتى يصح ضمانه، وقد جمع في القواعد بين عدم صحه ضمان النفقه الماضيه وصحه ضمان النفقه الحاضره، قال: يصح ضمان النفقه الحاضره للقريب دون الماضيه والمستقبله، مع أن الحاضره والماضيه من واد واحد، ونسب ذلك مفتاح الكرامه إلى التذكره وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وعلله بأن الحاضره تجب بطلوع الفجر، انتهى.

وأنت خبير بأن الوجوب إذا لم يكن وضعياً لم يكن في الذمه، فلا يصح ضمانها، وإن كان وضعياً كان في الذمه وصار ديناً على القريب، فيصح ضمان الماضي أيضاً.

لا يقال: الفارق أن نفقه الأقارب من قبيل ملك الإنفاق، ونفقه الزوجه من قبيل ملك العين، والإنفاق إذا ذهب وقته _ بالنسبه إلى الماضيه _ لا يتعلق بالذمه شيء، لأنه لا بقاء للإنفاق، بخلاف ملك العين في الزوجه، حيث إن العين تكون في الذمه.

لأنه يقال: الكلام في أن ملك الإنفاق يوجب تعلق شيء بذمه القريب أم لا، فإن كان الأول لا فرق بين الماضي والحاضر في صحه الضمان، وإن كان الثاني فلا شيء في الحاضر في ذمه القريب حتى يصح ضمانه.

ولعله إلى بعض ما ذكرناه أشار بقوله {ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال}، وإن ذكر أغلب المعلقين أنه لا إشكال في بطلان الضمان.

مسأله ۳۶ جواز ضمان مال الکتابه

(مسأله ۳۶): الأقوی جواز ضمان مال الکتابه، سواء کانت مشروطه أو مطلقه، لأنه دین فی ذمه العبد، وإن لم یکن مستقراً لإمکان تعجیز نفسه.

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو فی خصوص المشروطه، معللاً بأنه لیس بلازم ولا یؤول إلی اللزوم، ضعیف کتعلیله.

وربما یعلل بأن لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبه إلی المضمون عنه غیر لازم، فیکون فی الفرع لازماً مع أنه فی الأصل غیر لازم، وهو أیضاً کما تری.

ص:۱۷۸

مسأله ۳۷ ضمان مال الجعاله

(مسأله ۳۷): اختلفوا فی جواز ضـمان مال الجعاله قبل الإتیان بالعمل، وکذا مال السبق والرمایه، فقیل بعدم الجواز لعدم ثبوته فی الذمه قبل العمل، والأقوی وفاقاً لجماعه الجواز، لا لدعوی ثبوته فی الذمه من الأول وسقوطه إذا لم یعمل

(مسأله ۳۷): {اختلفوا فی جواز ضـمان مـال الجعـاله قبل الإتیان بالعمل} مع وضوح جوازه بعـد الإتیان بالعمل، لأنه بالعمل صار دیناً علی الجاعل، {وکذا مال السبق والرمایه}.

قال فی الجواهر مازجاً مع الشرائع: وکذا یصح ضمان ما لیس بلازم، ولکن یؤول إلی اللزوم کمال الجعاله قبل فعل ما شرط علیه من العمـل، وکمـال السـبق والرمـایه، وفاقاً للمحکی عن المبسوط والتحریر والمختلف ومجمع البرهان والتـذکره، إلا أنه قال: إذا شرع فی العمل، إلی آخر کلامه.

لکن فی الشرائع بعد ذلک قال: علی تردد.

وفی القواعـد صـحه ضـمانه، لکن فی محکی جامع المقاصـد والمسالک عدم الصـحه، قال أولهما: والفرق بین مال الجعاله وبین الثمن فی مـده الخیار ظاهر، لأن الثمن حینئـذ ثابت، غایه ما فی الباب إنه متزلزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصـلاً، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل.

{فقیل بعـدم الجواز لعـدم ثبوته فی الـذمه قبل العمل} والضـمان نقل ما فی الذمه، فإذا لم یکن فی الذمه شـیء کان مثل السالبه بانتفاء الموضوع.

{والأقوی وفاقاً لجماعه} تقـدم ذکر جمله منهم {الجواز، لا لـدعوی ثبوته فی الـذمه من الأول وسـقوطه إذا لم یعمل} کما ربما یظهر من عباره القواعد وغیره

ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل فى المستقبل

حيث قال: الخامس الحق المضمون وشرطه الماليه والثبوت فى الذمه وإن كان متزلزلاً كالثمن فى مده الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً، لكن يؤول إليه كمال الجعاله قبل العمل ومال السبق والرمايه، وكأنه أخذه من الشرائع، حيث قال:

الحق المضمون وهو كل مال ثابت فى الذمه، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، وكذا ما ليس بلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعاله قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرمايه، انتهى.

وإنما يسقط إذا لم يعمل، لأنه بمنزله الفسخ، حيث إنها عقد غير لازم، ولعل وجه الثبوت فى الذمه أن ذمه كل طرف اشتغل، هذا بالمال والآخر بالعمل، وإنما لم نقل بهذه الدعوى لأن الجعاله لا تقتضى ثبوت شىء فى ذمه الجاعل عرفاً، وهى التى قررها الشارع، فلا صحه للضمان من هذه الجهه.

{ولا لثبوته} فى الذمه {من الأول} حين عقدها {بشرط مجيء العمل فى المستقبل} فيكون العمل بمنزله الشرط المتأخر، إن جاء العمل كشف عن ثبوت الجعل من حين العقد، وإن لم يجئ العمل كشف عن عدم ثبوته.

وهذان الاحتمالان جعلهما الجواهر مبنى صحه الضمان، وقال بعد الاحتمال الثانى: لعل ذلك لا يخلو من قوه، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهره، انتهى.

ثم هنا احتمالان آخران فى وجه صحه ضمان مال الجعاله، ذكرهما فى

إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل، بل لقوله تعالى: (ولِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)

محكى التذكره والمختلف، وهما وجود سبب الوجود، وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن فى مده الخيار كما فى الأول، ومسيس الحاجه إليه فجاز ضمانه، كقوله: ألق متاعك وعلى ضمانه، كما فى الثانى، وإن كان المحكى عن التذكره أنه قال: إذا شرع فى العمل، وإنما لا نقول بهذه الاحتمالات لما عرفت من الإيراد على الدعوى، ولما يرد على الثانى.

{إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل} لما تقدم من أنه مقتضى الجعاله عرفاً، ولم يحدث فيه الشارع خلافاً، وبذلك يظهر أنه قد قرر ما لدى العرف.

ويرد على استدلال التذكره أن وجود سبب الوجود لا يلازم الوجود الذى هو مناط الضمان، وعلى استدلال المختلف بأن مسيس الحاجه ليس من الأدله الشرعيه.

أما ألق متاعك، فهو مثل أعط للفقير وعلى بدله، يشملها دليل الضمان بالأمر، وأنه لا ضمان قبل الفعل، فلا يستدل به لكون الضمان قبل الفعل.

{بل لقوله تعالى:(وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)((1))}، كما استدل به غير واحد بضميمه استصحاب الشرائع السابقه، وأشكل على ذلك كما فى المستمسك بأن الآيه إنما دلت على مشروعيه التعهد على النحو المذكور،

۱- سوره يوسف: الآيه ۷۲

ولا دلاله فيها على أنه من الضمان الذى هو محل البحث، أو هو من قبيل الرعد الذى لا يجب الوفاء به، فلا دلاله لها على شىء من ذلك، انتهى.

وبأن قول يوسف (عليه السلام) حجه، وليس ظاهر الآيه إلا أنه قول غيره، حيث قال: (قالُوا نَفْقِدُ صُواعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعيمٌ)((1)).

وبأنه لم يثبت استصحاب الشرائع السابقه، لقوله سبحانه: (لكل منكم جعلنا شرعه ومنهاجاً).

وفى الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: إن ظاهر الآيه حسب استفاده العرف أنه تعهد لازم، لا وعد فحسب.

وإن شئت قلت: إنه بضميمه قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم» يفيد المطلوب، وحمله على الإخبار لا الإنشاء، أى إن من طبيعه الزعيم أن يغرم، خلاف ما ذكروا من أن الأصل فى كلامهم (عليهم السلام) الإنشاء لا الإخبار.

وعلى الثانى: بأن الظاهر أنهم كانوا يتكلمون عن شريعتهم، كما يدل على ذلك قولهم: (فهو جزاؤه)، وما ورد من الإشكال والجواب فى أنه كيف قال يوسف (عليه السلام): (إنكم لسارقون)، إلى غيرهما من المؤيدات.

وعلى الثالث: بأن مقتضى (قُولُوا آمَنَّا بِالله)((2)) إلى آخرها أن الشريعه

۱- سوره يوسف: الآيه ۷۲

۲- سوره البقره: ۱۳۶

ولكفايه المقتضى للثبوت فى صحه الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقاً.

فى كل الأنبياء (عليهم السلام) واحده إلا ما غير بمقتضى الزمان ونحوه، وآيه المنهاج لا تنافى ما ذكرناه بعد ظهور الجمع بينهما بما ثبت تفسيره حسب الزمان ونحوه، وإنما عموم الأحكام واحده فالكل سواء إلا ما خرج، بل يمكن أن يقال: إن الظاهر عدم الاحتياج إلى الاستصحاب، فإن أمثال آيه (قولوا) تدل على وحده الشرائع للأمم، وهذا غير بعيد.

ولقد كان من الجميل أن يؤلف كتاب فقهى مبسوط حول ما ورد فى أحكام الشرائع من الطهارات إلى الديات مما فى الآيات والروايات.

ثم إن الجواهر استدل لمثل هذا الضمان بالحديث المتقدم: «الزعيم غارم»، كما استدل له السيد الجمال بقوله: إنه لما تقدم من كون الضمان بالنسبه إلى هذه الأمور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه لا تحويلًا لها من ذمته إلى ذمه نفسه، وانطباق مفاد الآيه المباركه على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر، انتهى.

{ولكفايه المقتضى للثبوت فى صحه الضمان} لأنه عرفى، ولم يعلم أن الشارع منع عنه، {ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقاً} وإن كان ربما يرد عليه بأنه خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً فى الذمه، وكون الضمان نقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، ويجاب بأنه نوع من الضمان، وما نذكره هنا هو نوع آخر ولا منافاه، وقد تقدم الكلام فى ذلك، والله سبحانه العالم.

ص :۱۸۳

مسأله ۳۸ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه

(مسأله ۳۸): اختلفوا فی جواز ضمان الأعيان المضمونه كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعه، والأقوى الجواز، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف

(مسأله ۳۸): {اختلفوا فی جواز ضمان الأعيان المضمونه} على أحد قبل الضمان {كالغصب} المضمون على الغاصب {والمقبوض بالعقد الفاسد} سواء كان بدلاً كما فی البيع، أو لا، فی ضمن عقد كالمهر، أو غير عقد كعوض الخلع، إذا كان البيع والنكاح والطلاق باطلاً.

{ونحوهما، على قولين ذهب إلى كل منهما جماعه} قال فی القواعد: ويصح ضمان عوض الجنايه، وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونه كالغصب والعاريه والأمانه مع التعدی على إشكال.

وقال فی مفتاح الكرامه: صحه ضمان الأعيان المضمونه خيره المبسوط والشرائع والتحرير والإرشاد، وكذا المفاتيح، لكن عن جامع المقاصد أن عدم صحه الضمان قوی، وفی المسالك: إنه أقوی، وفی الإيضاح: إنه الأصح، ولا ترجيح فی شرح الإرشاد لفخر الإرشاد ولا الكفايه، انتهی.

{والأقوی الجواز، سواء كان المراد} بالضمان {ضمانها، بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف} كما ذكر هذا المعنى التذكره قائلاً: إن الضمان له صورتان:

الأولى: أن يضمن رد أعيانها وهو جائز، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

ص: ۱۸۴

أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم».

الثانيه: أن يضمن قيمتها لو تلف، والأقوى عندى الصحه لأن ذلك ثابت فى ذمه الغاصب فيصح الضمان.

{أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت} قال فى الجواهر عند قول الشرائع: وفى ضمان الأعيان المضمونه كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والأشبه الجواز، بمعنى وجوب ردها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من فى يده، انتهى.

وكان عليه أن يذكر المراد ثالثاً بالتزام رد عينها.

وهناك احتمال آخر قاله السيد البروجردى، بأن المراد جعلها بأعيانها فى عهدته على نحو كونها شرعاً فى عهده من هى فى يده، المستتبع لاستحقاق مطالبته بها، موجوده أو تالفه، ثم لوجوب ردها بشخصه إن أمكن وإلا فبنوعها أو بماليتها، ولكن صحته محل إشكال، سواء أريد به نقلها عن عهده ذى اليد إلى عهدته، أو ضمها إليها، لاحتمال كونها من الأحكام الشرعيه، لا من الأمور التى بيد الناس وضعاً ورفعاً، انتهى.

{و} إنما قلنا: إن الضمان بكلا المعنيين جائز {ذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»} على ما رواه المستدرك((1)) عن غوالى اللئالى ودرر اللئالى، وبه يرتفع إشكال الجواهر عليه، وتبعه المستمسك بأن الحديث ليس

۱- المستدرک: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۱ من أبواب الضمان ح۲

والعمومات العامه، مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)

من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا، كما سمعته فى الخبر السابق الظاهر فى الإنكار عليهم، انتهى.

وأشار بالخبر السابق إلى ما رواه الشيخ، عن الحسن بن خالد، قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»((١)).

ورواه الصدوق أيضاً كما فى الوسائل.

وفيه: إن الحديث لا يدل على إرادته بالناس العامه، والإمام لم يرد، وإنما أراد بيان أن قرار الضمان على المضمون عنه.

وأى ربط بين «الزعيم غارم» و(الضامن لا يغرم) حتى يكون أحدهما رداً على الآخر، والحاصل الأول بيان الغرامه، والثانى بيان القرار.

نعم الحديث ضعيف السند، لكن جماعه من الفقهاء استندوا إليه، ولعل المصنف يرى جبره بمثل ذلك، ولعل الساده المعلقين على كثرتهم يرون ذلك، ولذا سكتوا على استدلال المصنف به.

{والعمومات العامه مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((٢))} ولا يلزم من ذلك أن يكون عقداً جديداً ليس له أحكام الضمان، وذلك لما تقدم فى شرح المضاربه وغيرها أنه لو صدق الموضوع عرفاً، وشمله العموم كان داخلاً فى أحكام ذلك

١- الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح١

٢- المائده: الآيه ١

ودعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين، بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمه إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال فى أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمه إلى أخرى وليس من مذهبنا،

العنوان، وإن لم يكن عموم بذلك العنوان نفسه، لأن المفهوم عرفاً من شمول الحكم لموضوع ـ ولو كان موضوعاً خاصاً ـ أن ذلك الحكم سار فى مثل ذلك الموضوع الخاص، مثلاً إذا قال الشارع فى باب صوم رمضان: إن له حكم كذا، وقال: صم يوم المبعث، فهم العرف أن حكم صوم هذا اليوم له نفس ذلك الحكم أيضاً، من باب فهمه أن حقيقه الصوم فى الجميع واحده.

{و} الـ {دعوى} التى ذكرها فى جامع المقاصد فى رد التذكره، {أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها} من الضامن {مع أن الضمان} عباره عن {نقل الحق من ذمه إلى أخرى} فليس ضمان العين من الضمان الشرعى فى شىء.

وإلى الإشكال المذكور أشار فى الجواهر بأن الضمان عندنا من النواقل، وأن شرطه ثبوت المال فى الذمه، والأعيان المضمونه إنما يجب ردها وهو ليس بمال فى الذمه.

{وأيضاً لا إشكال فى أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون} الضمان {من ضم ذمه إلى أخرى وليس من مذهبنا} هذا إشكال ثان ذكره المسالك، مضافاً إلى الإشكال الذى ذكره فى جامع المقاصد، وتبعهما فى الإشكال المذكور الجواهر قائلاً بعد عبارته السابقه: والغاصب مثلاً مخاطب به إجماعاً فيكون الضمان

وعلى الثانى يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبه إلى رد المثل أو القيمه عند التلف، مدفوعه بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات

هنا ضم ذمه إلى ذمه أخرى، وهو ليس من أصولنا.

ثم قال: ومن الغريب ما عن التذكره من أن ضمان المال ناقل عندنا، وفى ضمان المال والعهده إشكال أقربه عندى جواز مطالبه كل من الضامن والمضمون عنه، إذ هو كما ترى كالمتناقض، انتهى.

{وعلى الثانى} وهو إراده مثلها أو قيمتها إذا تلفت {يكون من ضمان ما لم يجب} لأنه بالنسبه إلى المثل أو القيمه حكم تعليقى على تقدير التلف، فيكون من ضمان ما لم يجب فلا يصح.

{كما أنه على الأول} وهو ضمان العين على تقدير بقائها، ومثلها أو قيمتها على تقدير تلف العين {أيضاً كذلك} من ضمان ما لم يجب {بالنسبه إلى رد المثل أو القيمه عند التلف} ومما تقدم يظهر الإشكال على الضمان إذا كان مراد الضامن الالتزام برد العين فقط من دون إرادته رد المثل، أو القيمه عند التلف، كما تقدم أن أشرنا إليه أيضاً.

{مدفوعه بأنه لا مانع منه} من كون الضمان هنا بمعنى الالتزام بالرد، لا الانتقال من ذمه إلى ذمه، كما أنه لا مانع من ضمان الغاصب أيضاً فيكون من ضم ذمه إلى ذمه {بعد شمول العمومات} مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1))، فقد قال الضامن

۱- سوره المائده: الآیه ۱

غايه الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح، وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى

(لك على أن أرد مالك) وهذا عقد، فيشمله (أوفوا) ونحوه.

{غايه الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح} بل إذا قلنا إنه يشمله «الزعيم غارم» كان من الضمان المصطلح أيضاً، وقول الجواهر: إن عموم(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) إنما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد حسب مقتضاه، ومقتضى الضمان نقل المال من ذمه إلى ذمه، والأعيان ليست كذلك، وأن «الزعيم غارم»((1)) ليس من أخبارنا، قد عرفت الجواب عنهما.

إذ يرد عليه أولاً: إنه إذا أريد الضمان المصطلح، وقد ذكر المصنف أنه لا يريده.

وثانياً: قد عرفت أنه لما سمى عرفاً ضماناً جاء إليه أحكام الضمان، و«الزعيم غارم» قد ورد من طرقنا كما تقدم، فتأمل.

{وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى} وقد تقدم أن المقتضى كاف فى صحه الضمان، فالضامن يتعهد فعلاً للعين المضمونه أن يردها مع بقائها، وأن يرد مثلها أو قيمتها مع تلفها، وهذا التعهد يشمله العمومات، بل يشمله الضمان المصطلح، حيث إنه زعيم فهو غارم.

ومنه يظهر حال ما إذا ضمن ردها فقط، أو ردّ بدلها إذا تلف فقط.

۱- المستدرک: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۱ من أبواب الضمان ح۱

ولا دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر فى الألسن، بل فى جمله من الموارد حكموا بصحته، وفى جمله منها اختلفوا فيه فلا إجماع، وأما ضمان الأعيان غير المضمونه كمال المضاربه والرهن والوديعه قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم فى عدم صحته

{ولا دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر فى الألسن} وإنما يصح ذلك إذا لم يكن حتى المقتضى، والمقتضى فى المقام موجود.

{بل فى جمله من الموارد حكموا بصحته، وفى جمله منها اختلفوا فيه، فلا إجماع} وقد تقدم الكلام فى ذلك فى الشرط الثامن فراجع.

ثم إن المستمسك قد أطال الكلام حول المسأله، وفيه مواقع للنظر تظهر مما تقدم.

قال الوالد عند قوله و(الأقوى الجواز): لا بالضمان الناقل لما فى ذمه إلى ذمه أخرى، بل بمعنى التعهد والالتزام برد العين أو بدله، من غير أن يبرأ ذمه الغاصب والقابض، وكذا فى المسائل التاليه.

أقول: بل يمكن بنحو براءه ذمه الغاصب إذا تلف، فيكون الضمان بضم ذمه إلى ذمه مطلقاً، أو ضمهما عند وجود العين وذمه الضامن عند تلفها.

{وأما ضمان الأعيان غير المضمونه كمال المضاربه والرهن} أى العين المرهونه {والوديعه قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط}، أما بعد السبب فإن كانت موجوده دخلت فى مسأله ضمان الأعيان المضمونه، وإن تلفت دخلت فى ضمان الدين {فلا خلاف بينهم فى عدم صحته} كما فى الشرائع والقواعد

والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً.

وجامع المقاصد والمسالك والتحرير والإرشاد ومجمع البرهان والكفايه كما حكى عن بعضهم.

قال فى التذكره: إذا ضمن عيناً لمالكها وهى فى يد غيره، فإن كانت أمانه لم يتعد فيها الأمين لم يصح الضمان، كالوديعه والعاريه غير المضمونه ومال الشركه والمضاربه والعين التى يدفعها إلى الصانع والمال فى يد الوكيل والوصى والحاكم وأمينه إذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع، لأنها غير مضمونه العين، ولا مضمونه الرد، وإنما يجب على الأمين مجرد التخليه، فإذا لم تكن مضمونه على ذى اليد لا تكون مضمونه على الضامن، ولو ضمنها إن تعدى فيها لم يصح أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب.

وفى الجواهر إنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

{والأقوى بمقتضى العمومات} عموم(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1)) وعموم «الزعيم غارم»((2)) {صحته أيضاً} والإجماع محتمل الاستناد إن لم يكن ظاهره، ودليلا التذكره فى ما قبل التعدى وبعده قد عرفت وجه النظر فيهما فى الفرع السابق.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمه بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذى نحن فى مباحثه ومسائله، بل بمعنى محض اشتغال الذمه، قال: ولعل من ذلك ضمان شركه

۱- المائده: الآیه ۱

۲- المستدرک: ج۲ ص۴۹۷ الباب ۱ من أبواب الضمان ح۲

التأمين المتعارف فی هذا العصر، وإن کان ضمانها فی مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال یعطی الشرکه مالاً فی قبال أن تضمن أو فی قبال أن تنشأ الضمان، إلی آخر کلامه.

أقول: الظاهر صحه کل أنواع التأمین، سواء کان مع ملاحظه الشیء المؤمن، بأن ترسل الشرکه الطبیب کل ثلاثه أشهر مره لملاحظه المریض مثلاً أو نحو ذلک، أو بدون الملاحظه کان یؤمن السفینه فی البحر، والطائره فی الجو مثلاً، وذلک لأنه معامله عقلائیه، فیشمله(أَوْفُوا)((۱)) وما أشبه.

وبذلک یخرج عن کونه أکلاً للمال بالباطل، فلا یشمله(لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ)((۲)).

وبذلک یظهر أنه یصح تأمین شرکه التأمین فی شرکه أکبر أیضاً کما هو المتعارف.

نعم حیث ذکرنا فی کتاب (الفقه: الاقتصاد) إنه لا حق للإنسان فی غیر الأمور الخمسه العملیه والفکریه والشرائط والعلاقات والمواد یجب أن لا یکون قدر بدل التأمین إجحافاً عرفاً، بحیث یکون أکثر من حق الشرکه الفکری والعملی، حتی یکون مساعداً للرأسمالیه المحرمه شرعیاً، فإن الرأسمالیه علی الأسلوب الغربی محرم شرعاً، کما قرر فی محله.

۱- المائده: الآیه ۱

۲- البقره: الآیه ۱۸۸

مسأله ۳۹ ضمان درک الثمن للمشتری

(مسأله ۳۹): یجوز عندهم بلا خلاف بینهم ضمان درک الثمن للمشتری إذا ظهر کون المبیع مستحقاً للغیر، أو ظهر بطلان البیع لفقد شرط من شروط صحته إذا کان ذلک بعد قبض الثمن

(مسأله ۳۹): {یجوز عندهم بلا خلاف بینهم ضمان درک الثمن للمشتری} قال فی مفتاح الکرامه: کما عن المبسوط والخلاف والوسیله والشرائع والتحریر واللمعه وجامع المقاصد والمسالک والکفایه والمفاتیح وغیرهم، ثم نقل عن التذکره ومجمع البرهان أن علی جوازه إطباق جمیع الناس فی جمیع الأعصار، وعن المسالک إن الظاهر الاتفاق علیه، کما نقل عن جامع المقاصد إطباق الناس علی ضمان العهده، وفی الجواهر بلا خلاف أجده فیه، وإنما سمی درکاً لأن المشتری یتدارک ما فات منه، کذا کل مکان یطلق الدرک، ولذا قال فی الصحاح: الدرک التبعه، وقیل سمی ضمان الدرک لالتزامه الغرامه عند إدراک المستحق عین ماله، ویسمی بضمان العهده لالتزام الضامن ما فی عهده البائع رده.

ف_ {إذا ظهر کون المبیع مستحقاً للغیر} دفع الضامن الثمن إلی المشتری إذا لم یکن المبیع کلیاً وبدله البائع بغیره، أولم یکن فضولیاً ورضی المالک بالبیع، أو لم یرث البائع عن المالک، إلی غیر ذلک من صور استحقاق المشتری.

{أو ظهر بطلان البیع لفقد شرط من شروطه صحته إذا کان ذلک بعد قبض الثمن} بأن قبض البائع الثمن، وحیث یحتمل المشتری بطلان البیع وتمرد البائع من رد الثمن، یأخذ من البائع ضامناً أنه إذا ظهر البطلان کان علی الضامن أداء ما علی البائع من الثمن.

كما قيد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر وهو الأقوى

قال فى المسالك: وهذا فى الحقيقه فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونه على تقدير كونه موجوداً حال الضمان.

{كما قيد به الأكثر} كما نقله عنهم مفتاح الكرامه، قال: ما عدا المبسوط والشرائع والإرشاد واللمعه، بل فى الوسيله والتذكره والتحرير التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان، وإن لم يكن قد قبض لم يصح، وهو أيضاً مراد فى كلام من لم يقيد به لأنهم لا يختلفون فى أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق فى ذمه المضمون عنه فى نفس الأمر وقت الضمان، بحيث يمكن تكليف غيره به، والبائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق، انتهى.

وإن شئت قلت: إن الضمان نقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، وإن تعدينا عن ذلك قلنا ضم ذمه إلى ذمه فى ضمان العين الخارجيه ـ كما تقدم فى بعض المسائل السابقه ـ فإذا لم يقبض البائع الثمن لم يكن مشغوله الذمه كما لم يكن بيده شيء فكيف يصح ضمانه.

ولذا قال فى الجواهر: ومن ذلك يعلم إراده المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضروره عدم دخوله فى عهده البائع الذى هو المضمون عنه إلا بقبضه.

{أو مطلقاً} وإن لم يقبض {كما أطلق آخر} ممن عرفت، وكون مراد المطلق القيد، كما حمله المفتاح والجواهر غير ظاهر، فإن إطلاق الفقهاء يؤخذ به، ولعلهم رأوا كرأى المصنف، فقول المستمسك ومن ذلك تعرف الإشكال فى قول المصنف غير ظاهر الوجه.

قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان، وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض

{وهو الأقوى} أما مع قبض البائع وتلفه فظاهر، وأما مع قبضه وعدم تلفه أو عدم قبضه، فلما تقدم فى آخر المسأله السابقه من جواز ضمان الأعيان غير المضمونه، فالمشترى الذى يريد دفع الثمن إلى البائع يخاف من فوته إذا ظهر المبيع مستحقاً، ولم يمكنه استرجاع ما دفع، ولذا يأخذ ضامناً حتى يدفع إليه، وهو أمر عقلائى متعارف، فيشمله «الزعيم غارم»، كما يشمله (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ونحوه.

وبذلك يظهر وجه قول جامع المقاصد: ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجه إليه وإطباق الناس على ضمان العهده، ومثله قال غيره، فلا يرد عليهم أن مثل ذلك لا يكون دليلاً شرعاً.

وبه يظهر وجه النظر فى قول السيد البروجردى: إن ضمان درك الثمن للمشترى محل تأمل وإشكال، وعدم الخلاف فيه مع قله المتعرض له لا يفيد.

{قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان} كما هو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين، وتبعهما الجواهر، والذى أوجب استثناؤه ما تقدم من الأدله، وإن كان مقتضى «الزعيم غارم» ونحوه مما سبق الاستدلال به لضمان العين عدم كونه استثناءً، بل الضمان ضمان عين وضمان ذمه، وقد يكون بالنقل وقد يكون بالضم.

{وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض} حيث إن تلفه من المالك،

فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور، نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق

ومما تقدم يظهر حال ما إذا تلف بعد قبض المشترى فى زمن الخيار، حيث إن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، أو رد بالعيب، أو اختار الأرش، كما فى تعلقيه الجمال.

{فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع} لبطلان الضمان، وذلك {لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب} وهو باطل على المشهور، سواء كان سببه موجوداً أم لا.

{بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ} بالخيار أو التقايل، أو تلف المبيع قبل القبض {لم يصح بمقتضى التعليل المذكور} بأنه ضمان ما لم يجب، كما صرح به الجواهر وغيره معللين له بما ذكر، إذ لا يصح الضمان إن لم يمضه الشارع وإن عقده الضامن والمضمون له.

{نعم} استثنوا من عدم صحه الضمان إذا حصل الفسخ صوره الفسخ بالعيب ف_ {فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق} مما يكون دركه على البائع، وقد أشار بقوله: (أو اللاحق) إلى رد مفتاح الكرامه حيث قال: وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما فى الشرائع، وإلا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو فى الثلاثه، وهذا لا يكون موجوداً حاله الضمان الواقع عند البيع فيكون

اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده ويصح الضمان أو لا، فالمشهور على العدم، وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحه مع التصريح بالأولى، والأقوى فى الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحه مع التصريح، ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب

كالمتجدد من الأسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً، انتهى.

{اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده} عهده البائع {ويصح الضمان} عنه لأنه ليس من ضمان ما لم يجب {أو لا} يدخل فلا يصح الضمان {فالمشهور على العدم} وقد نسبه الجواهر إلى المشهور، ومفتاح الكرامه إلى الأشهر.

{وعن بعضهم دخوله} نسبه مفتاح الكرامه إلى الإيضاح وجامع المقاصد، وأشكل فيه فى القواعد قائلاً: أورد بعيب على إشكال، وإن كان ظاهر كلام له بعد أنه وافق المشهور، وعن المبسوط ذكر الاحتمالين من دون ترجيح.

{ولازمه} أى لازم من قال بدخوله فى العهده {الصحه مع التصريح بالأولى} لأنه إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مطلقاً، بأن قال: أنا ضمان لك أيها المشترى الثمن، كان الضمان صحيحاً بطريق أولى إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مقيداً، بأن قال: أنا أضمن لك أيها المشترى الثمن إذا حصل فسخ بسبب عيب سابق على العقد، أو لاحق عليه.

{والأقوى فى الجميع} الضمان قبل الفسخ، سواء كان الفسخ بعيب سابق أو لاحق {الدخول} فى العهده {مع الإطلاق، والصحه مع التصريح، ودعوى} المشهور {أنه من ضمان ما لم يجب} وهو غير صحيح، ولذا قال فى الجواهر فى

مدفوعه بكفايه وجود السبب، هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ، وأما بالنسبه إلى مطالبه الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها

تأييدهم: إن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه، لا من أصله، فلم يكن حاله الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لأنه ضمان ما لم يجب.

{مدفوعه بكفايه وجود السبب} لأنه مشمول للضمان العقلائى، فيشمله «الزعيم غارم»، بل العمومات، على التقريب الذى ذكرناه غير مره من أنها فى أمثال المقام مما له موضوع عرفى يوجب صحته عقداً خاصاً، لا عقداً مطلقاً، فتترتب عليه الأحكام الخاصه بذلك العقد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: قد عرفت أن ضمان ما لم يجب لا يدخل فى الضمان المصطلح، ولا تشمله أدلته الخاصه، نعم تشمله أدله الصحه العامه، لكن شمولها لا يتوقف على وجود السبب، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه يدخل فى الضمان المصطلح.

وثانياً: إنه بدون وجود السبب لا يكون ضماناً عرفياً، فلا يشمله «الزعيم غارم» ونحوه.

{هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ} بالعيب.

{وأما بالنسبه إلى مطالبه الأرش} حيث إن المشترى يتخير بين الفسخ والأرش إذا ظهر فى المبيع عيب سابق على العقد، أو عيب لاحق بحيث كان العيب من كيس البائع {فقال بعض من منع من ذلك} من الضمان بالفسخ {بجوازها} أى

لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أن الأقوى صحه الأول أيضاً، وأن تحقق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته

مطالبه الضامن {لأن الاستحقاق له} أى للأرش {ثابت عند العقد، فلا يكون ضمان ما لم يجب}، قال فى القواعد: ويرجع على ضامن عهده الثمن فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع، ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبه الضامن.

وقريب منه كلام الشرائع، وعلله بأن استحقاقه ثابت حين العقد، لكنه قال: فيه تردد.

وقال العلامه قبل عبارته المتقدمه: أو أرش العيب.

وقال فى مفتاح الكرامه فى شرحه: أى يصح ضمان العهده للمشترى بالنسبه إلى أرش عيب المعيب، كما هو خيره الإرشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك، وتردد فى المبسوط والشرائع والتذكره وجزم بالعدم فى التحرير.

{وقد عرفت أن الأقوى صحه الأول} ضمان الثمن فى الفسخ بالعيب {أيضاً} فلا تنحصر الصحه بضمان الأرش {وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع إمكان} النقض على من يقول بالصحه بالنسبه إلى الأرش دون الثمن ب_ {دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته} فكيف تقولون بصحه ضمانه، مع أنكم لا تقولون بصحه ضمان الثمن عند الفسخ، وقد أشار المصنف بذلك إلى ما ذكره

فالصحه فيه أيضاً من جهه كفايه تحقق السبب

المسالك، وتبعه الجواهر ومفتاح الكرامه حيث بينوا وجه عدم صحه ضمان الأرش أيضاً، قال الثالث: ووجه العدم أن الاستحقاق للأرش إنما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود حاله العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

أقول: قد رد المسالك عدم الفارق بين الثمن عند الفسخ والأرش قائلاً: والحق ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرش فإنه كان واجباً بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضه، انتهى.

ولكن هذا الفارق غير تام، إذ الأرش وإن كان فى الحقيقه عباره عن شىء فائت_ لأن العقلاء يقابلون بين المبيع الصحيح والثمن الكامل، أما المبيع الناقص فهو مقابل لبعض الثمن مما يكشف من أن بقيه الثمن فى إزاء الشىء الفائت، إلا أن البيع خارجاً يكون بين المثمن والثمن، ولذا يحتاج الأرش إلى اختياره، لا أنه يستحقه المشترى تلقائياً، فليس مثل ما إذا باع ما يملك وما لا يملك، حيث يبطل البيع تلقائياً بالنسبه إلى ما لا يملك، وإليه أشار المستمسك بقوله: ولذا كان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفقه، انتهى.

وكذا الحال بالنسبه إلى الغبن، فإن قدراً من الثمن لا يكون بدون مقابل حتى يستحقه المشترى، باعتبار أن قيمه المبيع بقدر بعض الثمن لا كله.

وكيف كان {فالصحه فيما} أى فى الأرش {أيضاً من جهه كفايه تحقق السبب} وهو ضمان اصطلاحى، لا كما قاله المستمسك على ما تقدم نقله عنه والإشكال عليه.

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع.

ومما تقدم يظهر الإشكال فى كلام من قال بأن مطالبه الأرش غير اختياره، ومن قال إن الأرش ثابت فيختار لا أن ثبوته بالاختيار.

إذ يرد على الأول: إن المطالبه بعد الاختيار.

وعلى الثانى: إنه ثابت إمكاناً، أى يمكن أن يثبت بالإراده، لا أنه ثابت خارجاً.

{ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع} عن المشترى، لوحده الدليل فى المقامين.

ص:٢٠١

مسأله ۴۰ لو ظهر بعض المبيع مستحقا

(مسأله ۴۰): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفى البعض الآخر يتخير المشترى بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقه، فيرجع على البائع بما قابله

(مسأله ۴۰): {إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً} للغير، أو ظهر عدم قابليه بعض المبيع للمبيع كالخمر والخل {فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض} لأنه القدر الذى يتدارك، أما ما بقى فلم يفت من المشترى شىء، واللازم إعطاؤه بقدر خساره المشترى لا بالنسبه، فإذا اشترى بابين فظهر أحد مصراعيه لغيره مما سبب أن يكون ثمن المصرع الباقى ربع المجموع كان على الضامن إعطاء ثلاثه أرباع الثمن للمشترى.

{وفى البعض الآخر يتخير المشترى بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقه} إذا لم يكن بيعان فى بيع، وإلّا فلا خيار، بل حاله حال نكاحين أو طلاقين فى صيغه واحده، والفرق يكون بالقصد كما ذكرنا تفصيل ذلك فى بعض مباحث الكتاب {فـ} إذا فسخ المشترى البقيه {يرجع على البائع} لا الضامن {بما قابله} إذ الضامن لم يضمن إلا عهده الثمن الذى يظهر مستحقاً لا أنه ضمن مطلقاً، وهذا هو خيره الشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وغيرهم، بل عن الكفايه أنه المشهور، وعن التذكره عندنا، مما يظهر منه الإجماع.

وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له.

{و} لكن {عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع} مما ظهر مستحقاً ومما فسخ، وكأنه لإطلاق ضمان الضامن ولو حدث ما يقتضى انفساخ العقد بخيار أو إقاله أو نحو ذلك، وإلا فلو كان الضمان حين عقده خاصاً بالقدر الذى يظهر استحقاقه لم يكن وجه لكلامه (رحمه الله).

{و} منه يعلم أن قول المصنف: {لا وجه له} على إطلاقه غير تام، بل لا وجه له فيما إذا كان الضمان مقيداً، لا ما إذا كان مطلقاً.

كما يعلم أن إشكال المستمسك على المصنف إشكالا مطلقاً غير ظاهر الوجه، قال: بناءً على ما ذكره المصنف فى المسأله السابقه من أن الأقوى جواز الضمان، فيرجع المشترى على الضامن، وجه كلام الشيخ ظاهر وهو عموم الصحه الذى تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحه الضمان، وعدم جواز الرجوع على الضامن، فالجمع بين كلامى المصنف فى المسألتين غامض، انتهى.

وكيف كان، يظهر من الكلام فى مسأله ضمان عهده الثمن مسأله ضمان عهده المثمن.

ثم إنه لو اختلفا فى أنه هل كان الضمان مطلقاً للكل، أو مقيداً للقدر الذى يظهر مستحقاً، كان القول قول الضامن لأصاله عدم ضمان الزائد.

ولو اختلفا فى أنه هل كان بنحو بيعين فى بيع أو بنحو بيع واحد، فالظاهر أنه مع القائل الثانى لأصاله عدم قصد بيعين، وإن كانت المسأله بحاجه إلى تأمل.

ولو اختلفا فى أنه هل ظهر الجميع مستحقاً أو بعضه، فيما كان الضمان خاصاً بالقدر الذى يستحق منه لا مطلقاً، وحتى لما يفسخه، فالأصل عدم ضمان الأكثر مما اتفقا عليه.

كل ذلك إذا لم تكن للطرف بينه كما هو واضح.

مسأله ۴۱ ضمان ما یحدثه المشتری

(مسأله ۴۱): الأقوی وفاقاً للشهیدین صحه ضمان ما یحدثه المشتری من بناء أو غرس فی الأرض المشتراه إذا ظهر کونها مستحقه للغیر وقلع البناء والغرس، فیضمن الأرش وهو تفاوت ما بین المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم یجب وقد عرفت کفایه السبب

(مسأله ۴۱): {الأقوی وفاقاً للشهیدین صحه ضمان ما یحدثه المشتری} أو البائع فیما کان الثمن أرضاً {من بناء أو غرس فی الأرض المشتراه إذا ظهر کونها مستحقه للغیر} ولم یمض البیع {وقلع البناء والغرس فیضمن الأرش} کما یضمن کل القیمه إذا کان مثل طم النهر، حیث أجری النهر فی تلک الأرض، إذ الکل قد انهدم فلا یبقی شیء حتی یکون هناک تفاوت وتصل التوبه إلی الأرش.

{وهو تفاوت مابین المقلوع والثابت عن البائع} (عن) متعلق بالضمان، وهذا هو الذی احتمله فی التحریر علی ضعف _ کما فی مفتاح الکرامه _ وهو قال به مستدلاً له بمسیس الحاجه إلیه وقضاء الضروره به.

{خلافاً للمشهور} فلم یجوزوا الضمان، کما عن المبسوط والشرائع والقواعد والمسالک وغیرهم، وعن التذکره عدم ترجیح أحد الجانبین.

وإنما ذهب المشهور إلی ذلک {لأنه من ضمان ما لم یجب، و} لکن یرد علیهم ما {قد عرفت} من {کفایه السبب} ومشهور المعلقین وافقوا المشهور، خلافاً للسیدین الوالد وابن العم، حیث سکتا علی المتن، ومقتضی القاعده ما

هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبى، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، وقيل بالصحه لأنه لازم بنفس

ذكره المصنف، وإن قال المستمسك: إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه وهو مفقود، وإن أريد الضمان العرفى لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان، فإنه يرد عليه أنه ضمان عقلائى يشمله «الزعيم غارم»((1))، والعمومات على التقريب المتقدم فى المسائل السابقه.

{هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبى} قال فى القواعد: وفى ضمان البائع ذلك إشكال.

وقال فى مفتاح الكرامه: جزم فى المبسوط بعدم الصحه، لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب.

ونحوه ما فى التحرير والإيضاح والمسالك والروضه من أن الأقوى عدم الصحه.

وقرب فى التذكره الصحه.

{و} إن قلت: إن البائع ضامن بنفسه لأنه غار، والمغرور يرجع إلى من غر.

قلت: {ثبوته} على البائع {بحكم الشرع} لأنه غار {لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان} لأن الضمان كما تقدم فى أول الكتاب نقل ذمه إلى ذمه، ولا اشتغال لذمه المضمون عنه فى المقام حتى ينقل إلى ذمه البائع.

والحاصل: إنه ليس هناك حق مضمون حال الضمان فلا يصح.

{وقيل بالصحه} كما عرفت عن التذكره، وقال فى الشرائع: الوجه الجواز {لأنه لازم بنفس

١- المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ ح٢

العقد فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفايه تحقق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان، نفس العقد والضمان بعقده، ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشترى عنه حق الضمان الثابت بالعقد

العقد} إذ العقد سبب الغرور الذى ينشأ من الضمان فى وقته {فلا مانع من ضمانه لما مر من كفايه تحقق السبب}.

وضعفه فى المسالك والروضه بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التى من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

كما أشكل عليهم فى مفتاح الكرامه بأنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره، وإن لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره، فما الوجه فى تجويزهم هذا ومنعهم ذاك.

وأخذ المستمسك منه ذلك فقال: الإشكال على المحقق ومن وافقه فى التفصيل بين الأجنبى والبائع متوجه على كل حال، وربما أشكل على ذلك بأنه لا معنى لضمان الشخص عن نفسه، وفيه: إنه لو أريد بالضمان نقل الذمه أو الضم كان الإشكال وجيهاً، بينما لا يراد به إلا تدارك الخساره وهو معنى عقلائى يشمله الدليل.

{فيكون حينئذ} حين ضمن البائع {للضمان سببان، نفس العقد} حيث إنه بالعقد حصل الغرور {والضمان بعقده} حيث ضمن البائع عند العقد {ويظهر الثمر} فى الضمانين على ما ذكره المسالك والروضه {فيما لو أسقط المشترى عنه} أى عن البائع {حق الضمان الثابت بالعقد} أى عقد البيع بأن قال: لو كنت

فإنه يبقى الضمان العقدى

مغروراً فلا أرجع إليك، بمقتضى «المغرور يرجع إلى من غر»((1))، وهذا الحق قابل للإسقاط لتحقق سببه حال العقد.

{فإنه يبقى الضمان العقدى} إذ لا وجه لسقوطه.

كما أنه إذا أسقط بعد الضمان العقدى حقه الثابت من الضمان العقدى يبقى الضمان الغررى، إذ من الواضح أنه لا تلازم بينهما فى السقوط، كما لا تلازم بينهما فى الثبوت.

ومنه يعلم أن قول المستمسك فى رد المسالك: إن من المعلوم أن الرجوع ليس من الحقوق التى تسقط بالإسقاط، بل من الأحكام، ولو أسقطه لم يسقط، وجواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن لا يقتضى جواز التعدد فى ذمه واحده، غير ظاهر الوجه، إذ بعد أن كان رجوع المغرور حقاً _ كما يفهم عند القاء «المغرور يرجع إلى من غر» على العرف _ لم يكن وجه لعدم قابلتيه للإسقاط، فليس ذلك حكماً حتى لا يقبل الإسقاط، والتعدد معناه أن له أن يرجع بهذا السبب أو بذاك.

والحاصل: إن للمشترى أن يرجع إلى البائع لكونه غاراً، وله أن يرجع لكونه ضمن بمعنى أنه التزم تدارك الخساره، وأى مانع للجمع بينهما بعد كونهما شرعياً وعرفياً.

وبذلك يظهر وجه النظر فى سائر كلام المستمسك المستشكل عليهم بأنه

١- الوسائل: ج١۴ ص۵٩۶ الباب٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٢. والمستدرك: ج٢ ص۶٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح۶

كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما، وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل، ويمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهه

لا يجتمع ضمانان فى وقت واحد حتى تجرى الفائده المذكوره من سقوط أحدهما وبقاء الآخر.. فحال المقام:

{كما إذا كان لشخص خياران بسببين} كخيار الغبن وخيار العيب وهكذا {فأسقط أحدهما} حيث يبقى الآخر، إذ لا تلازم بينهما فى السقوط، كما لا تلازم بينهما فى الثبوت.

{وقد يورد عليه} على الضمان العقدى {بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه} كما أورده صاحب الجواهر.

{والمقام من هذا القبيل} فكيف يضمن البائع خساره المشترى إن ظهر كون المبيع للغير {ويمكن أن يقال} فى رده إنه {لا مانع منه مع تعدد الجهه} مثل كون الإنسان يضرب نفسه، أو يطبب نفسه، فهو ضارب ومضروب، ومريض وطبيب من جهتين، والأمر فى المقام كذلك، فهو من حيث كونه بائعاً مضمون عنه، ومن حيث كونه يلتزم درك الخساره ضامن.

وهذا المعنى هو الذى فهمه جمله من المحشين فأشكلوا على المصنف بما فى تعليقه السيد البروجردى بأن الأقوى عدم صحه مثل ذلك الضمان، وتعدد الجهه لا يجدى، وبما فى تعليقه السيد الجمال أن عدم الصحه عندهم تام، ولا يرجع تعدد الجهه فى المقام إلى محصل.

هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان، وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد.

أما ما ذكره المستمسك فى شرح العباره بقوله: فإن أحد الضامنين قائم بالغرور، والضمان الثانى قائم بالعقد، فلم يظهر وجهه، إذ كلام المصنف فى رد إشكال أنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه.

وكيف كان {هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان} فهو محل كلامهم، ومورد الإشكال والجواب.

{وأما إذا اشترط ضمانه} فلا يكون الضمان عقداً، بل حسب الشرط، فهو مثل شرط أنه إذا ظهر عيب كان دركه على البائع {فلا بأس به} لإطلاق دليل الشرط {ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد} من أن المغرور يرجع إلى من غره، مثل اشتراط كون دركه على البائع إذا ظهر فيه العيب.

لكن يرد على ذلك أنه إذا بطل البيع لظهور كونه مستحقاً لغير البائع لم يبق عقد حتى يلزم الشرط الذى فى ضمنه، ولذا قال بعض المعلقين: مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير وردّ المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحه شرط الضمان الواقع فى ضمن العقد، وكونه مؤكداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد، إلا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العباره.

أقول: نعم تتصور صحه ذلك فيما ظهر بعض المبيع مستحقاً ولم يرد المشترى البعض الآخر، فإن العقد باق حينئذ والشرط فى ضمنه يكون مدلولاً للعمومات، إذ لا يلزم فى لزوم الشرط بقاء كل متعلق العقد.

نعم يمكن أن يقال: إن للمشروط عليه أن يبطل بعض الشرط إذا بطل بعض العقد، فإن إطلاق لزوم الشرط لا يشمل إلا الشرط الذى كان فى ضمن عقد كل متعلقه كان باقياً، مثلاً باع زيد للخياط مائه جريب من الأرض بشرط أن يخيط له ثوبين، فإذا ظهر الخمسون منه مستحقاً للغير كان للخياط _ بعد أن لم يأخذ بتبعض الصفقه _ أن يمتنع عن خياطه أحد الثوبين، لأن الشرط فى الحقيقه منحل إلى كون كل ثوب فى مقابل نصف المبيع، فتأمل، والله سبحانه العالم.

ص:٢١٠

مسأله ۴۲ لو قال: ألق متاعک فی البحر

(مسأله ۴۲): لو قال عند خوف غرق السفینه: ألق متاعک فی البحر

(مسأله ۴۲): {لو قال} لغیره فیما کان الغیر بالغاً عاقلاً جامعاً لسائر الشرائط: اعمل کذا من جرح نفسه، أو هدم داره، أو إتلاف متاعه، وکان ذلک جائز شرعاً لذلک الغیر، قبال ما إذا کان حراماً علیه، مثل أن یکون اللازم إخراج الدم من جسده وإلا مات مثلاً أو کان بقاء داره هلکه له، لأن الظالم أمر بذلک، فإذا لم یطعه قتله، أو کان بقاء متاعه سبباً لبطئه عن الحرکه مما یسبب بقاءه فی الصحراء وافتراس الأسد له.

فهو علی قسمین: لأنه إما أن یأمره بذلک بدون أن یظهر التحمل لضرره، ولا ینبغی الإشکال فی أنه لا یضمن ذلک، للأصل بعد عدم وجود الدلیل للضمان، بل وإن کان لولا تشویق الأمر لم یفعل المأمور ذلک، إذ مجرد التشویق لا یسبب الضمان.

نعم فیما کان السبب أقوی من المباشر، کقول الطبیب للمریض اشرب هذا الدواء، فشرب فعطب فمات کان ضامناً، کما ذکرناه بتفصیله فی کتاب الدیات.

وکذا إذا قال لمجنون أو سکران أو شارب مرقد أو نام نوماً مغناطیسیاً أو لطفل أو ما أشبه، مما عد السبب بنظر العرف أقوی من المباشر.

وإما أن یأمره بحیث إنه لو لا الأمر لم یفعله، کما لو قال: {عند خوف غرق السفینه}، أو سقوط الطائره، أو وقوف السیاره فی محل الخوف لنوئها عن السیر بالأحمال الثقیله، وکذلک فی حمل الدابه: {ألق متاعک فی البحر} أو علی الأرض

وعلیّ ضمانه، صح بلا خلاف بینهم، بل الظاهر الإجماع علیه وهو الدلیل عندهم

{وعلیّ ضمانه} أو بدله أو ما أشبه مما یفید فائدته ولو بالإشاره المفهمه {صح بلا خلاف بینهم، بل الظاهر الإجماع علیه} وقد ذکره الشیخ والفاضلان والشهیدان وغیرهم فی کتاب الدیات، ونحن أشرنا إلی المسأله هناک.

وفی کشف اللثام بلا خلاف إلا من أبی ثور، کما فی المبسوط والخلاف، وفی الجواهر بلا خلاف أجده فیه بیننا، بل وبین غیرنا إلا من أبی ثور، وعن المبسوط نفی الخلاف فیه، وعن الخلاف إن علیه إجماع الأمه عداه.

وهذا هو الذی قرره کافه المعلقین لسکوتهم علی المتن، عدا السید البروجردی فقال عند قول المصنف (فلا یصح): وهو الأقوی، بل الأول أیضاً موضوعاً وحکماً محل تأمل.

{وهو الدلیل عندهم} بالإضافه إلی ما ربما یستدل له بأنه مقتضی احترام المال عرفاً، وحیث إن الشارع احترم المال کان لازمه أن یجعل الضمان علی الآمر، وبأنه مقتضی العرف والشارع لم یردع عنه فهو تقریر منه، وبأنه مثل إتلاف وقت الغیر بالأمر، حیث یوجب الضمان، فإذا قال لإنسان: اکنس الشارع وعلیّ بدله، کان علیه، لأنه قد أتلف وقته، وکذلک إذا قال: ألق متاعک، وبأنه نوع من العهد، والعهد واجب الوفاء لقوله سبحانه:(إِنَّ الْعَهْدَ کانَ مَسْؤُلاً)((1)).

والفرق بین الوعد مما لا یجب العمل به علی المشهور، والعهد الذی یجب

۱- الإسراء: الآیه ۳۴

العمل به أن الأول بدون مقابل والثانی بمقابل، فإذا قال: وعدتک أن آتیک کان وعداً، وإذا قال: أعاهدک إن فعلت کذا أعطیتک کذا، کان لازماً.

وفی المستمسک یحتمل أن یکون عقداً، ویکون قبوله فعلیاً وهو الإلقاء، وأن یکون قولیاً کما إذا قال: قبلت، فیلزمه الإلقاء عملاً بالعقد، ولا یلزم فی الصوره الأولی لعدم تحقق القبول، ویحتمل أن یکون إیقاعاً نظیر: خط ثوبی ولک درهم، أو رد عبدی ولک نصفه، وهذا هو الأقرب، انتهی.

أقول: الأقرب أنه وإن کان عقداً لم یکن لازماً، فإذا قال: قبلت، لم یلزم الوفاء لأصاله عدم اللزوم، وإنما قال (نظیر) للفرق بین المقامین، حیث إن المال فی (ألق) مقابل ما أتلف من ماله، فی (خط) مقابل العمل، نعم إذا کان المال فی (ألق) مقابل عمل الإلقاء، کان المقامان من باب واحد.

وکیف کان، فقد یستدل للمقام أیضاً بأنه حق عرفاً، فیشمله «لا یتوی حق امرئ مسلم»((1)).

ولو کان السبب أقوی من المباشر عرفاً دخل فی تلک المسأله، کما إذا أجبره الآمر، أو کان المأمور طفلاً أو مجنوناً أو ما أشبه، وقد یستدل له بأنه نظیر ضمان الشاهد ما تلف بسببه من نفس أو مال أو عرض، حیث وردت الأدله وقام الإجماع علی ضمانه.

ومنه یعلم وجه ضمانه فی المقام إذا قال لغیره: ألق زیداً فی البحر، حیث کان الآمر أقوی من المباشر.

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه أو نحوها، فلا يصح عندهم ومقتضى العمومات صحته أيضاً.

{وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى} عقلائيه {من خفه السفينه أو نحوها} كسرعه سيرها حيث تخف، والوصول الأسرع مطلوب عقلائياً، إلى غير ذلك من الأمور العقلائيه، {فلا يصح عندهم} كما هو المشهور الذى ذكره المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن الإيضاح: لو خلى عن الفائده بالكليه لم يصح قطعاً، بل عن الأول الإجماع عليه.

{و} لكن {مقتضى العمومات صحته أيضاً} فإن الأدله السابقه آتيه هنا، بل فى بعض الحواشى أن السيره القطعيه العقلائيه قائمه على الصحه.

أقول: الظاهر أنه إن كان العمل حراماً وعلم المأمور بذلك، لم يكن على الآمر الضمان، لأن الأدله المتقدمه لا تشمله، فهو مثل أن يقول زيد لعمرو: اقطع يدك وعلى ديتها، وعلم عمرو بحرمه القطع، فإن دليل العقد ودليل العهد والسيره ولا يتوى وما أشبه لا يشمل ذلك.

وأما إذا كان العمل حلالاً، أو حراماً ولم يعلم بالحرمه المأمور، كان على الآمر الضمان، فإنه مثل خطأ القاضى والشاهد، حيث إن الجلاد لو أجرى القتل ونحوه كان العمل حراماً، لكن لا شىء على الجلاد المجرى، بل الديه ونحوها على القاضى من بيت المال أو الشاهد، ولذا قال فى المستمسك: وإذا لم يترتب عليه فائده لم يجز مع الضمان وبدونه، وإذا أمره آمر على شرط الضمان فالضمان باطل، لأنه تعويض على الحرام، وتضييع المال، ولا يبعد

أن تكون هذه الصوره مورد القول بالمنع ومورد الإجماع عليه.

أقول: والظاهر أن قول المصنف بالصحه ناظر إلى ذلك، فإشكال المستمسك عليه بأن إطلاقه الصحه عملاً بالعمومات غير ظاهر، واللازم التفصيل بين صوره وجود الفائده العقلائيه وعدمه، انتهى، محل نظر.

ثم إنه لو قال لصديقه: اهدم داركَ لتبنيها من جديد، أو قال: انكح امرأه بمهر كذا، أو أعتق عبدك، أو طلق زوجتك، أو ألق متاعك فى البحر، أو ما اشبه ذلك، ففعل ما أمره لم يضمن الآمر، إذ لا وجه للضمان، سواء قصد المأمور كون ضمانه على الآمر أم لا، إذ لا ضمان على أحد بقصد إنسان آخر.

نعم لو قال: أهدم داركَ على، أو بمهر كذا على، أو ما أشبه، كان عليه، لما تقدم من الأدله فى ألق متاعك على.

ولو ظن الفاعل أنه ضمن ذلك لم ينفع، لأن الظن لا يوجب الضمان، وقاعده الغرور لا مجال لها لأن القائل لم يغر، وإنما ظن الفاعل، فهو كما إذا قال له: توضأ، فظن أنه قال له: ألق متاعك، فإن الظن لا يوجب كون القائل غاراً.

ولذا قال فى الشرائع: إذا كان خوف على السفينه فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك، واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل، وليس عليه ضمانه.

وقال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخين والفاضلين وثانى الشهيدين وغيرهم للأصل، كما لو قال: أعتق عبدك، فأعتقه،

أو طلق زوجتك، فطلقها، انتهى.

ولو قال للطبيب: عالجنى، أو للحلاق: أحلق رأسى، أو للبناء: ابن دارى، أو قال لهم: عالج هذا الفقير، أو أحلق رأسه، أو ابن داره، فمقتضى القاعده الضمان، لأن الآمر بأمره استوفى وقت غيره فى المقامين، ولا فرق بين أن يصرف وقته لنفس الآمر، أو لمن أمره الآمر.

ومثله لو قال للخباز: أعطه خبزاً، أو أعطنى خبزاً، إلى غير ذلك، لأنه استوفى مال المأمور فى كلا الحالين.

نعم لو قصد الآمر أمره بالخير، أى عالجنى قربه إلى الله، أو أعطه خبزاً قربه إليه تعالى، لم يكن وجه للضمان، وكذا الحال لو قال له: أد دينه، أو أد دينى.

والحاصل: إن المأمور قد يقصد التبرع، سواء للآمر، أو للمأمور له، وسواء فى عمله كالبناء، أو فى ماله كالخباز، وسواء يعود النفع لأحدهما، أو يعود إلى نفس المأمور، كما إذا كان المأمور راكباً فى السفينه المشرفه على الغرق، فقال له من على الشاطئ: ألق متاعك فى البحر، أو يكون حاجه للآمر، كما إذا قال عابر شارع لكناس: اكنس الشارع.

ففى كل هذه الصور إذا قصد المأمور التبرع لم يضمن الآمر، سواء قصد الآمر الضمان، أو التبرع، أو لم يقصد شيئاً، بل ولو قال: (على).

وقد لا يقصد المأمور التبرع، بل الضمان، فإن صدق على الآمر (من أتلف مال الغير) أو (من أتلف وقت الغير) لأن الوقت محترم أيضاً، أو (من استوفى مال غيره لنفسه أو لغيره) أو (من استوفى وقت الغير) ضمن، لأنه مشمول لدليل احترام مال

الناس((1)) ووقتهم، ولو بالملازمه العرفيه، وإلا لم يضمن للأصل.

ومنه يعلم عدم ضمانه إذا قال له: أدّ دينک، أو قال له: ألق متاعک فی البحر، فيما كان المأمور وحده راكباً فی السفينه مما يخشی منه تلفه، وكان الآمر علی الشاطئ، إلی غير ذلک من الأمثله.

نعم إذا كان الأمر لمصلحه المأمور، أو غيره مما كان واجباً علی المأمور لم يكن ضمان، فإنه لا ضمان إذا فعله نفس الأمر، فكيف إذا أمر المأمور، كما إذا قلع لوح السفينه لئلا تؤخذ غصباً، كما فی قصه موسی (عليه السلام)، أو قطع الطبيب يد المجزوم خوفاً من سرايه الجذام حتی يهلكه، أو كان راكباً فی السفينه فرآی أنها مشرفه علی الغرق من جراء ثقل متاع زيد، فألقاه بنفسه فی البحر، أو أمر مالكه بالإلقاء، أو أمر الثالث بذلک، إلی غيره من الأمثله.

والكلام فی المقام طويل نكتفی منه بهذا القدر.

ومما سبق ظهر أنه ليس من الضمان العقدی مثل هذه الضمانات، وإنما ذكرها المصنف هنا استطراداً، والله سبحانه العالم.

۱- المستدرک: ج۴ ص۱۴۶

تتمه

اشاره

تتمه

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقيه أو الخلافيه أن ما ذكروه فى أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمه إلى أخرى، وأنه لا يصح فى غير الدين ولا فى غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل.

تتمه

{قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقيه أو الخلافيه، أن ما ذكروه فى أول الفصل من تعريف الضمان} المصطلح {وأنه نقل الحق الثابت من ذمه إلى} ذمه {أخرى، وأنه لا يصح} الضمان {فى غير الدين، ولا فى غير الثابت حين الضمان} إلى غير ذلك {لا وجه له}، بل الضمان المستفاد من الأدله يشمل غير ما ذكروه أيضاً {وأنه أعم من ذلك} المذكور {حسب ما فصل}، وحيث قد تقدم الكلام فى كل ذلك فلا داعى إلى إعادته.

ثم حيث إن المسائل الآتيه مرتبطه بالمنازعات والشبهات الموضوعيه جعلها مسائل مستقله، فقال:

مسأله ۱ صور اختلاف المضمون له وعنه

(مسأله ۱): لو اختلف المضـمون له والمضـمون عنه فی أصل الضـمان، فادعی أنه ضمنه ضامن وأنکره المضمون له فالقول قوله، وکـذا لو ادعی أنه ضـمن تمـام دیونه وأنکره المضـمون له، لأصـاله بقـاء مـا کان علیه، ولو اختلفا فی إعسار الضامن حین العقد ویساره

(مسأله ۱): {لو اختلف المضـمون له والمضـمون عنه فی أصل الضمان، فادعی} المضمون عنه {أنه ضمنه ضامن} فبرأت ذمته، ولاـ حق للمضـمون له فی مراجعته {وأنکره المضـمون له} بل قال: إن ذمته مشـغوله، فله مراجعته دون سواه، {فالقول قوله} أی المضـمون له، فله مطالبه المضـمون عنه، لأصاله عدم الضـمان، فإذا جاء المضمون عنه بالبینه فهو، وإلا حلف المضمون له وأخذ المال من المضمون عنه.

نعم لو علم المضمون عنه بالضمان کانت دعواه فی نفسه باطله، ولا یحق له التصرف فی المال.

{وکـذا لو ادعی أنه ضـمن تمام دیونه وأنکره المضـمون له} وقال: إنما ضـمن بعض الدیون، فلی حق الرجوع فی البعض الآخر إلی المضـمون عنه، فـإن القول قول المضـمون له، لأـن الأصـل عـدم ضـمان تمـام الـدیون {لأصـاله بقـاء ما کان علیه} فی کلا الفرعین.

{ولو اختلفا} المضـمون عنه والمضـمون له {فی إعسار الضامن حین العقد} فلا یصح ضـمانه مع جهل المضـمون له {ویساره} بأن ادعی المضمون عنه الیسار فانتقل المال إلی ذمته، ولا حق للمضمون له فی الرجوع إلا إلی الضامن،

فادعى المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه

وقال المضمون له: بل كان معسراً، وأنا لا أعلم بذلك فلى حق الرجوع إلى المضمون عنه، {فادعى المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه} لأصاله الصحه واللزوم فى العقد والإيقاع، ومدعى البطلان بحاجه إلى الدليل.

ولا ينفع الاستصحاب لو كان سابقاً معسراً، فإن الاستصحاب لا يقاوم أصاله الصحه واللزوم بعد الوقوع، فإذا عقدا وبعد مده شكا، أو ادعى أحدهما أن أحدهما كان حال العقد صغيراً، أو كان صبيحه عقده سكراناً حتى يستصحب السكر الموجب لسلب العباره أو ما أشبه، كان الأصل الصحه، والذى يريد البطلان عليه الاستدلال.

وكذا لو عقد على امرأه وشك بعد مده هل كان حال العقد متزوجاً بأختها، حيث كان سابقاً متزوجاً بأختها متعه، لكن لم يعلم هل بقى زواجه بها إلى حين عقد الثانيه حتى يبطل عقد الثانيه، لم يستصحب بما يوجب البطلان، إلى غير ذلك من موارد استصحاب حاله توجب بطلان العقد أو جوازه.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم وجماعه من المعلقين على المتن، خلافاً للساده الوالد والبروجردى والحكيم، حيث قال الأول: ما لم يثبت سبق إعساره، وقال الثانى: إذا لم يكن مسبوقاً بالإعسار، وقال الثالث: كأنه لأصاله اللزوم لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجرى استصحابه فيثبت إعساره حال الضمان فيكون مدعيه منكراً لا مدعياً، إلى آخر كلامه.

وعليه، فلا اعتبار بالأصل، سواء كان مسبوقاً باليسار، أو العسر، أو مجهول الحال مطلقاً، أو مجهول الحال لتوارد الأمرين عليه ولم يعلم تقدم وتأخر أيهما.

وكذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا فى صحه الضمان وعدمها.

{وكذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه} لأصاله عدم اشتراط الخيار، ولا يخفى أنه إنما جعل الأصل للمضمون عنه لأنه يدعى عدم الخيار غالباً.

أما لو ادعى هو الخيار _ لأنه حقيقه يرى ذلك، أو لمصلحه له فى الخيار بالنسبه له _ وأنكره المضمون له، كان الأصل مع المضمون له.

والحاصل: إن الأصل مع منكر الخيار.

وكذا إذا اتفقا فى أصل الخيار، لكن اختلفا فى مده الخيار، فإنه مع مدعى الزمان الأقل، كما هو واضح.

{وكذا لو اختلفا فى صحه الضمان وعدمها} فالأصل مع مدعى الصحه، لما ذكروه فى كتاب المكاسب من الدليل القائم على أصاله الصحه فى كل عقد وإيقاع شك فى صحته وبطلانه.

مسأله ۲ لو اختلف الضامن والمضمون له

(مسأله ۲): لو اختلف الضامن والمضمون له فی أصل الضمان، أو فی ثبوت الدین وعدمه، أو فی مقدار ما ضمن، أو فی اشتراط تعجیله أو تنقیص أجله إذا کان مؤجلًا، أو فی اشتراط شیء علیه زائداً علی أصل الدین

(مسأله ۲): {لو اختلف الضامن والمضمون له فی أصل الضمان}، فقال الثانی: أنت ضمنت، وقال الأول: لم أضمن {أو فی ثبوت الدین وعدمه} فقال الضامن: لم یکن دین علی المضمون عنه حتی ینتقل إلی ذمتی، وقال المضمون له: بل کان دین فأنت الآن مدین، {أو فی مقداره} فقال الضامن: کان الدین مائه، وقال المضمون له: بل مائتین.

{أو فی مقدار ما ضمن} فقال المضمون له: ضمنت کل الدین، وقال الضامن: بل نصفه.

{أو فی اشتراط تعجیله} فقال الضامن: ضمنته مؤجلًا کما کان، وقال المضمون له: بل ضمنته معجلا.

{أو تنقیص أجله إذا کان مؤجلًا} بأن کان أجله شهراً، فقال المضمون له: ضمنته إلی عشره أیام، وقال الضامن: بل کما کان، أو إلی عشرین یوماً.

{أوفی اشتراط شیء علیه زائداً علی أصل الدین} وذلک لصحه الشرط فی عقد الضمان، لإطلاق أدله الشرط، کما إذا قال المضمون له: اشترطت أن یعطینی الضامن الدنانیر التی علی المضمون عنه جدداً، وقال الضامن: لم یکن هذا الشرط.

فالقول قول الضامن.

ولو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زياده أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفاءً، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شىء على المضمون له

{فالقول قول الضامن} المنكر لكل ذلك، لأصاله عدم الضمان الذى يدعيه المضمون له، ولأصاله عدم الدين الذى يدعيه، ولأصاله عدم الزياده التى يدعيها، ولأصاله عدم الضمان فى الزائد الذى يدعيه، ولأصاله عدم اشتراط التعجيل الذى يدعيه، ولأصاله عدم اشتراط تنقيص الأجل الذى يدعيه بكلا شقيه، ولأصاله عدم اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين.

{ولو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالاً}، بأن كان الدين حالاً فادعى الضامن أنه اشترط تأجيله، أو كان مؤجلاً أجلاً قليلاً فادعى الضامن تأجيله أجلاً أكثر، ولذا قال: {أو زياده أجله مع كونه مؤجلاً، أو} ادعى الضامن {وفاءً} أى أنه أعطى المضمون له المال، فهو يريد أخذه من المديون، المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه} فلا يطالبه المضمون له بشىء، {أو} ادعى الضامن {تقييده} أى الضمان {بكونه من مال معين والمفروض تلفه} فبطل الضمان وبرأت ذمته من المال.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط خيار الفسخ للضامن} فأخذ بالخيار فعليه الرجوع إلى المضمون عنه لأنه إذا بطل الضمان رجع الدين إلى ذمه المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط شىء على المضمون له} كأن شرط الضامن

أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين، قدم قول المضمون له.

على المضمون له أن يخيط ثوب الضامن، فهو يطالبه بشرط، والمضمون له ينكر الشرط المذكور.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين} فلا حق للمضمون له فى أكثر من ذلك.

{قدم قول المضمون له} المنكر للتأجيل، ولزياده الأجل، أو أن الضامن وفى كله أو بعضه، أو أن المضمون له أبرأه، أو أن الضمان كان مقيداً بمال معين، أو قال إنه كان مقيداً ولكنه لم يتلف ذلك المال المعين، أو أنه لا خيار للضامن، أو لأنه لا شىء قرر عليه من الشرط، أو أنه لم يقبل بأن يكون الدين أقل، كل ذلك لأصاله عدم ما يدعيه الضامن، فهو مدع لا بد عليه من البينه، فإذا لم تكن له بينه حلف المضمون له، وكان الحق معه.

ومن هذه المسائل تفرع سائر أقسام ادعاء الضامن، وإنكار المضمون له.

كما أنه لو كان الأمر من التداعى جرت قواعده، مثل أن يسلم كلاهما بأن الضمان من مال معين، لكن قال أحدهما: إنه من هذا المال المعين، وقال الآخر: إنه من المال المعين الآخر، إلى غير ذلك من الأمثله.

مسأله ۳ لو اختلفوا فی الإذن وعدمه

(مسأله ۳): لو اختلف الضامن والمضمون عنه فی الإذن وعدمه، أو فی وفاء الضامن حتی یجوز له الرجوع وعدمه، أو فی مقدار الدین الذی ضمن وأنکر المضمون عنه الزیاده، أو فی اشتراط شیء علی المضمون عنه أو اشتراط الخیار للضامن

(مسأله ۳): {لو اختلف الضامن والمضمون عنه فی الإذن وعدمه} فادعی الضامن أن المضمون عنه أذن، فإذا أدی الدین رجع إلی المضمون عنه، وقال المضمون عنه: إنه لم یأذن له، فلا حق للضامن فی الرجوع إلیه.

{أو فی وفاء الضامن} بأن ادعی الضامن أنه وفی، فطالب المضمون عنه بما أدی، وأنکر المضمون عنه أن الضامن وفی، {حتی یجوز له الرجوع} فی صوره الإذن والوفاء {وعدمه} فی صوره عدم الإذن والوفاء.

{أو فی مقدار الدین الذی ضمن} فقال الضامن: أنه ضمن بإذنه مائه، وقال المضمون عنه: إن ضمانه بإذنه کان بمقدار خمسین.

{وأنکر المضمون عنه الزیاده، أو} اختلفا {فی اشتراط شیء علی المضمون عنه} إما بأن قال: أنا أضمن عنک بشرط أن تخیط ثوبی مثلاً، فالظاهر أن الشرط واجب علیه حینئذ، وإن لم یکن المضمون عنه فی طرف عقد الضمان، وذلک لما تقدم فی مسأله: ألق متاعک فی البحر وعلیّ بدله.

وإما المراد باشتراطه علیه فی ضمن عقد خارجی، وبهذا فسره السیدان البروجردی والحکیم، وتبعهما غیر واحد من المعلقین.

{أو اشتراط الخیار للضامن} فقال الضامن: إنه اشترط لنفسه الخیار، وقد فسخ عقده فرجع المال إلی ذمه المضمون عنه، وأنکر ذلک المضمون عنه

قدم قول المضمون عنه

وقال: إن ذمه الضامن مشغوله، لأنه لم يشترط الخيار.

{قدم قول المضمون عنه} لأنه ينكر الإذن فى الأول، وينكر الوفاء فى الثانى، وينكر الزياده فى الدين فى الثالث، وينكر اشتراط شيء عليه فى الرابع، وينكر اشتراط الخيار للضامن فى الخامس، والأصل يوافق كل ذلك، فإن الأصل عدم الإذن وعدم الوفاء وعدم زياده الدين وعدم اشتراط شيء عليه وعدم اشتراط الخيار للضامن، فيكون منكراً، والقول قوله إذا لم يقم طرفه البينه.

أما قول المستمسك: لأنه يدعى عدم الإذن فى الفرض الأول إلى آخره مما سمى كل ذلك ادعاءً، فهو تعبير عرفى، لا أنه أراد الادعاء الذين يقولونه فى كتاب القضاء فى قبال المنكر، كما هو واضح.

ثم إنه قد ذكر المصنف فى الفرض الثانى أنه لو اختلف الضامن والمضمون عنه فى وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع، وعدمه حتى لا يكون له الرجوع، قدم قول المضمون عنه، وهل يختلف الأمر فيما إذا أنكر المضمون له قول الضامن أو أقر به، أو سكت ولم يرد ولو لموت ونحوه، أو لا يختلف، كما أطلق المصنف وتبعه غالب المعلقين، كالسادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم، احتمالان.

قال القواعد: يحتمل عدم سماع إنكار المضمون عنه فيما إذا أقر المضمون له بالوفاء، لسقوط المطالبه بالإقرار الذى هو أقوى من البينه، كما احتمل السماع

أيضاً لأن قول المضمون له ليس حجه.

وأشكل على كلا الاحتمالين محكى جامع المقاصد، أما عدم السماع بأن الإقرار إنما يقتضى سقوط المطالبه ظاهراً لا واقعاً، إذ من الجائز كذبه فى الإقرار فيكون دينه باقياً وتجوز مطالبته، وأما السماع فلأن المضمون له إذا لم يطالب لم يؤد الضامن شيئاً، فكيف يأخذ شيئاً من المضمون عنه.

أقول: إذ ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون عنه، ووافقه فى الإنكار المضمون له، فلا إشكال فى أن القول قول المضمون عنه، لأنه لا شىء فى قبال إنكار المضمون عنه، وكذا إذا سكت المضمون له ولو لموت ونحوه، وأما إذا ادعى الضامن الوفاء ووافقه المضمون له، وأنكر المضمون عنه، فهنا أمران:

الأول: الحكم ظاهراً، وهنا يكون الحق مع المضمون عنه، إذ ليس الإقرار من المضمون له من الأدله، فإن إقراره مثبت فى حق نفسه، لا فى حق غيره، والقول بأن الإقرار أقوى من البينه غير ظاهر الوجه، فإن كل لوازم البينه حجه، بخلاف كل لوازم الإقرار، ولذا تقدم البينه على الإقرار إذا تعارضا، كما ذكرناه فى كتاب الشهادات.

والثانى: الحكم واقعاً، وفيه يكون الأمر مدار الوفاء وعدمه، والإقرار لا يؤثر فى تغيير الواقع، ولذا لو توافق المضمون عنه والمضمون له بأن الضامن وفى، وهو يعلم عدم وفائه لم ينفع توافقهما فى براءه ذمه الضامن، وعدم

ولو اختلفا فى أصل الضمان، أو فى مقدار الدين الذى ضمنه، وأنكر الضامن الزياده فالقول قول الضامن.

جواز مطالبته المضمون له ظاهراً بعد إقراره لا يسقط حقه واقعاً.

نعم، ورد أن الحلف تسقط الحق، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب بعد أن حلف غريمه، وذلك ثبت بدليل خاص على خلاف القاعده، وعدم الحق فى المطالبه لا يسقط الحق واقعاً، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «اقتطعت له قطعه من نار».

{ولو اختلفا فى أصل الضمان} فادعى المضمون عنه الضمان، فلا يحق للمضمون له مطالبه المضمون عنه، {وأنكر الضامن} الضمان {أو} اختلفا {فى مقدار الدين الذى ضمنه} فادعى المضمون عنه أن الدين مائه، وادعى الضامن أنه خمسون مثلاً، {وأنكر الضامن الزياده، فالقول قول الضامن} لأن قوله موافق للأصل، لوضوح أن الأصل عدم الضمان، وعدم الزياده.

ص:٢٢٩

مسأله ۴ إذا أنكر الضامن الضمان

(مسأله ۴): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه، ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً، نعم لو كان مدعياً مع ذلك للإذن فى الأداء بلا ضمان، ولم يكن منكراً لأصل الدين

(مسأله ۴): {إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى} المضمون له {الحق منه بالبينه} أو بالبينه واليمين، لما حقق فى محله من ثبوت الحقوق الماليه بالشاهد ويمين صاحب الحق، {ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن، أو} المنكر {الدين} لأنه قد ينكر أصل الدين، وقد ينكر الإذن مع قبوله الدين.

أما إذا أنكر الدين وأثبت الإذن، كما إذا ادعى المضمون له الدين على المضمون عنه وخاف من سمعته، فقال للضامن اضمنه فضمنه وأداه، كان للضامن الرجوع، لأنه مثل أن يقال له: أعط ديناراً للفقير وعلىّ بدله، وإن لم يكن من حقيقه الضمان فى شىء.

{لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً} حيث إنه يقر بأن لا دين على المضمون عنه، أو أنه لم يأذن له فى الضمان، فكيف يكون له أن يأخذ المال من المضمون عنه.

{نعم لوكان مدعياً مع ذلك} الذى يعترف بأنه لا ضمان {للإذن} من المضمون عنه، له {فى الأداء بلا ضمان} عقدى ينقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن {ولم يكن منكراً لأصل الدين} بل قد عرفت أنه يصح مع إنكاره

وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن فى الضمان، جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاه بين إنكار الضمان وادعاء الإذن فى الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم، غايه الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن فى الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن فى الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى

أصل الدين أيضاً، لأنه دفعه بإذن المضمون عنه، فالمضمون عنه ضامن للمؤدى.

{وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن فى الضمان} بل بالإذن فقط كما عرفت وجهه {جاز} أى حق {له الرجوع عليه} وإنما حق للمعطى الرجوع {إذ لا منافاه بين إنكار الضمان وادعاء الإذن} من المضمون عنه {فى الأداء}.

وتحصل أن مقتضى القاعده أن الضامن لو أنكر الضمان واعترف بإذن المضمون عنه له فى الأداء، واعترف المضمون عنه أنه أذن له فى الأداء، فأخذ المضمون له المال عن الضامن بالبينه، حق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، لأن المضمون عنه أذن له فى إعطاء المال.

{فاستحقاقه الرجوع} إلى المضمون عنه {معلوم} لأنه أدى بإذنه {غايه الأمر أنه} أى الضامن {يقول إن ذلك} طلبه من المضمون عنه {للإذن فى الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن فى الضمان} أو للإذن فى الأداء إذا قال المضمون عنه: إنه لم يكن مديوناً، ولكنه أذن له فى الأداء خوفاً من سمعته، حيث إن المضمون له يطلبه بشده وعنف.

{فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، والمدعى

ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم

ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم}.

وقد أكثر المعلقون الكلام حول ما ذكره، خلافاً للسيدين الوالد والبروجردى حيث سكتا على المتن، فقال السيد الجمال: لا يخفى ما فى هذا الفرض بقيوده من التشويش، ولعله أراد ما ذكرناه من عدم الاحتياج إلى بعض القيود، وقال بعضهم: إن للضامن الرجوع إذا أداه بقصد ما أذن له، وأما إذا أخذه منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه، لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غصباً.

أقول: إذا لم يقصد إذن المضمون عنه لم يفعل أمره فلا حق له فى الرجوع عليه، فهو كما إذا أمره ببناء داره، لكنه لم يبن انطلاقاً من أمره، بل جبره جابر بالبناء، حيث لا حق له فى الرجوع إليه، اللهم إلا إذا كان لعمله قيمه فى البناء حيث يشترك معه بمقدار قيمه عمله، أو أمره بقراءه سوره من القرآن له أجره، لكنه لم يقرأها انطلاقاً من أمره، بل من جبر جابر، حيث ليس له الرجوع إلى الآمر.

أما قول السيد ابن العم ومعلق آخر عند قوله (جاز له الرجوع إليه): مقاصه، أى لما أخذ منه قهراً، فنقول: لا وجه للتقاص إذا لم يعترف المضمون عنه بالدين، وإن أذن له فى الأداء إذا لم يؤد بعنوان أمره.

واما إذا اعترف بالدين وأذن له فى الأداء، وأخذ المضمون له منه قهراً بدون

قصده الأداء، فهناك طلب من الضامن عن المضمون له الغاصب الآخذ قهراً، وطلب من المضمون له عن المضمون عنه، حيث يعترف المضمون عنه بأن المضمون له يطلبه، فيصح أن يتراضى الضامن والمضمون عنه بأن يكون ما أخذه المضمون له من الضامن فى قبال ما أخذه المضمون عنه من المضمون له، وهذا وإن كان نوع تقاص لكنه يحتاج إلى التراضى، ولا يكفى فيه إذن المضمون عنه للضامن فى أداء الدين، لأنه لم يؤد الدين بل أخذ منه جبراً.

ومما تقدم تعرف وجه قول المستمسك بأن الإذن فى الأداء إنما يقتضى جواز الأداء لا وجوبه، كما لا تقتضى ولايه الدائن على الآخذ من المديون ولا جواز إجباره على الأداء، فإذا أجبر على الأداء لم يكن الأداء صحيحاً. (أقول: أى إذا لم يقصد الأداء) بل المال باق على ملك المالك، ولا يدخل فى ملك الدائن، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الإجبارى إذ الرجوع إنما يكون إذا كان الأداء صحيحاً مفرغاً لذمه المضمون عنه، والحال أن هذا الأداء كلا أداء. نعم إذا رضى به بعد ذلك، بناءً على صحه احتساب دينه على الغاصب وفاءً على دين الغاصب على شخص آخر، جاز رجوعه على الإذن، إلى آخر كلامه، انتهى ملخصاً.

بقى شىء، وهو هل أن مثال المصنف صحيح فى نفسه، أم محل تأمل؟

لأن المدعى إذا أنكر القرض وقال: إنه ثمن المبيع، والمطالب ينكر ثمن المبيع، حق للمدعى أن لا يدفع المال إليه، لأنه لم يثبت عليه القرض

ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينه فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه

الـذى يـدعيه المطالب فيحلف على عـدمه، والمطالب لا يأخذه ثمن المبيع، لأنه يعتقد أنه ليس ثمن المبيع. نعم حق له أن يأخذه مقاصه، حسب اعتقاده، وفى مثل هذه الموارد لم يعلم أنه يكفى الجامع، كما فى باب الشهاده، فلو شهد اثنان بسرقه الكتاب ليلاً، وآخران بسرقته نهاراً.

لا يقال: إن الجامع مقطوع، فعليه الرد والحد، إلى غير ذلك من الأمثله مما تعرضنا له فى كتاب الشهادات، فتأمل.

ثم إنه قد تقدم من المصـنف فرع فرض كون المضـمون عنه أيضاً معترفاً {و} كذا ذكر هنا فرع ما {لو لم يعترف المضـمون عنه بالضـمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلـك بـالبينه، فكـذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخـذ منه}، وذلك لعـدم الفرق بين اعتراف المضـمون عنه، وبين قيام البينه بوجود الـدين والإذن فى الضـمان، لأن البينه قائمه مقام الاعتراف، ويأتى هنا كل ما تقدم من الكلام فى الفرع السابق.

وبـذلك يظهر الإشـكال فى جمله من التعليقات، ولذا سـكت على المتن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وآخرون، وقد أطال المستمسك الكلام فى المقام، وفيه مواقع للنظر، كما لا يخفى على من راجعه مع ملاحظه ما تقدم.

وهل يجوز للشاهدين على الإذن فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن فى الضمان أو كونه الإذن فى الأداء، الظاهر ذلك، وإن كان لا يخلو عن إشكال

{وهل يجوز للشاهدين على الإذن} من المضمون عنه {فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن} فقط {من غير بيان كونه الإذن فى الضمان} حتى يكون ضامناً وتفرغ ذمه المضمون عنه بضمانه.

{أو كونه الإذن فى الأداء} حتى يبقى الدين على المضمون عنه، وإنما يكون المأذون مأذوناً بالدفع فقط من غير اشتغال ذمه المأذون، لأنه ليس بضامن حينئذ؟

{الظاهر ذلك} لأن لكلا الإذنين أثر، وإن اختلفت الآثار، فإن المأذون إذا دفع له الرجوع إلى المضمون عنه على الأول من باب الضمان، وعلى الثانى من باب أنه استوفى المال من المأذون، فهو كما إذا قال له: أعط الفقير درهماً، كما تقدم فى مسأله: ألق متاعك فى البحر.

{وإن كان لا يخلو عن إشكال} باعتبار أن مجرد الإذن لا يدل على الضمان، ولا على أنه إذن من قبيل أعط الفقير، فلعله كان إذناً فى التبرع بدون تحمل البدل، من قبيل افعل كذا قربةً إلى الله تعالى.

ومن ذلك يعرف أن القاعده: التفصيل فى سماع الشاهدين إذا كان كل طرف له أثر، وعدم سماعهما إذا كان بعض الأطراف لا أثر له، وكأن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال فهموا الأول، ولذا سكتوا على المتن، والبروجردى والحكيم فهما الثانى، فأشكلوا عليه.

قال أولهما: الظاهر عدم أن يكون للشاهد ذلك، إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً

وكـذا فى نظـائره، كما إذا ادعى شـخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشـهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال.

له أحكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البينه عليه بـدون ذكر متعلقه، وليس مثل الـدين فإنه له فى حد نفسه تحصـلاً وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه.

وقال ثانيهما: لا أثر لمثل هذه الشهاده بخلاف الدين، وإن لم يذكر السبب المقتضى له من بيع أو قرض أو غيرهما.

{وكـذا فى نظائره، كما إذا ادعى شـخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشـهد} عند نفسـها {بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهمـا أن يشـهدا بأصـل الطلب} بـأن يقولا ـ إن الطـالب يطلبه بكـذا من المـال {من غير بيـان أنه للقرض أو لثمن المبيع} لأنه ليس بلازم الشهاده بكل الخصوصيات، إلا إذا كانت الخصوصيات مغيره للحكم.

{على إشـكال} فى غير المغيره للحكم أيضاً، مثلاً قـد يرى الشاهـد أن الوالد سـرق من مال ولده، حيث التعزير لا القطع، أو يرى الشهود الأربع أن الزانى زنا بمحارمه، حيث القتل لا الجلد، وهنا ليس لهم أن يشهدوا بالسرقه المطلقه بدون ذكر أن السارق كان والـداً، أو الزانى كان بالمحارم، لأنه يوجب تغيير حكم الله والإغراء بالجهل، فتقطع يـد الوالـد ويجلد الزانى، بينما ليس حكمهما القطع والجلد.

وقد لا تكون الخصوصيات مغيره للحكم، كما إذا علما بأنه مديون لزيد من باب إرثه أبيه، لا من باب ثمن المبيع، فقالا إنه

مديون كذا بدون ذكر الإرث، فإنه لا بأس بمثل هذه الشهاده لأنه لا تغير الحكم.

ولعل وجه قول المصنف: (على إشكال) أن الشاهد يجب عليه أن يشهد بكل الخصوصيات، لأنه المنصرف من (أقيموا الشهاده لله)، كما أنه المنصرف من (لا يأب الشهداء إذا ما دعوا)، لكن الظاهر أن الانصراف بدوى، ولذا قال بعض المعلقين: الشهاده على أصل الدين من دون ذكر السبب، لا إشكال فيه ظاهراً.

ومما تقدم فى أداء الشهاده من جهه ذكر الخصوصيات وعدمه، يظهر حال تحمل الشهاده وأن اللازم تحقيق الشاهد عن الخصوصيات إن كانت الخصوصيات تغير الحكم، بينما أراد الشهاده بعد ذلك، كما إذا شهد سرقه، فاللازم أن يحقق هل أنه والد أم لا، إذ لا حق فى الشهاده المضلله إذا كانت شهادته توجب الضلال، بأن لا يتمكن الحاكم من التحقيق أو ما أشبه ذلك، وإذا شهد عند الحاكم بما يتردد بين القطع والتعزير أو الجلد والقتل كما تقدم فى المثالين، رتب الحاكم الأثر المقطوع، إذا لم يقدر على تحقيق الحال، بأن يعزره مثلاً- على كل حال، إذ تركه بدون عقاب مقطوع العدم، وحيث لا- يعرف قدر العقاب يتمسك بإطلاقات أدله العقاب. أما الجامع بين الأمرين، مثل سقوط العداله عن الزانى، فهو مرتب على كل حال.

والمسأله بحاجه إلى التفصيل مما لا يسعه المقام، والله سبحانه العالم.

مسأله ۵ لو ادعی الضامن الوفاء

(مسأله ۵): إذا ادعی الضامن الوفاء وأنکر المضمون له وحلف، لیس له الرجوع علی المضمون عنه إذا لم یصدقه فی ذلک، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا کان بإذنه وتقبل شهادته له بالأداء

(مسأله ۵): {إذا ادعی الضامن الوفاء وأنکر المضمون له و} کانت للضامن بینه کان القول قول الضامن ووجب علی المضمون عنه إعطاؤه ما أدی، لأن البینه مقدمه علی إنکار المضمون له کما هو واضح.

وإن لم تکن للضامن بینه و{حلف} المضمون له علی عدم الوفاء {لیس له} أی للضامن {الرجوع علی المضمون عنه إذا لم یصدقه} المضمون عنه {فی ذلک} الوفاء، لعدم ثبوت الأداء، بل ثبوت عدمه فلا وجه لرجوعه إلی المضمون عنه.

{وإن صدقه} المضمون عنه {جاز} أی حق {له الرجوع إذا کان بإذنه} لأن المضمون عنه أقر بأنه أدی فاستحق علیه البدل، وإن کان المضمون له کذبه وحلف مما کان الحکم أداؤه إلیه، إذ تصدیق المضمون عنه للضامن لا یثبت علی المضمون له أنه أخذ المال.

{وتقبل شهادته} أی المضمون عنه {له} أی للضامن {بالأداء} إذا کان المضمون عنه أحد شهود الأداء، وذلک لأن المدیون الآن بعد الضمان الضامن، ویکون المضمون عنه کالأجنبی، وإن کان المآل إلی أخذ الضامن من المضمون عنه، فلا تدخل المسأله فی من جر نفعاً، حیث لا تقبل شهاده مثله، لما ذکرناه فی کتاب الشهادات من أنه لیس کلیاً، بل خاص بموارد مخصوصه.

ومما تقدم ظهر أن الضامن لو ادعی الأداء فقد یکون له حجه فهو، وقد

إذا لم يكن هناك مانع من تهمه أو غيرها مما يمنع من قبول الشهاده.

لا تكون له حجه، وحينئذ فإن صدقه المضمون عنه كان له الرجوع إليه، وإن لم يصدقه كان عليه الأداء إن حلف المضمون له بعدم الأداء، وإن لم يحلف ففيه احتمالان على ما ذكروا فى كتاب الشهادات، من أنه هل بمجرد النكول يكون الحق مع المدعى، أو لا يكون الحق معه إلا بحلفه اليمين المردوده، والله سبحانه العالم.

فقوله: {إذا لم يكن هناك مانع من تهمه} التواطى بين المضمون عنه والضامن على المضمون له، فى شهاده المضمون عنه للمضمون له {أو غيرها} من فقد المضمون عنه بعض شروطه قبول الشهاده، إنما يتم فى (غيرها) {مما يمنع من قبول الشهاده}، أما التهمه فقد عرفت الحال فيه وأنها ليست عامه تشمل كل تهمه، وإلا لم تقبل شهاده الزوجين أحدهما للآخر، والوارث لمورثه، إلى غير ذلك، وتفصيل الكلام فى باب الشهادات.

ثم إنه لو ادعى الضامن أنه أدى ولم يمكن الاستعلام من المضمون عنه، فاللازم على المضمون عنه الأداء إن لم يعلم صدقه أو كذبه، لأن الضامن أمين ويقبل قول الأمين، منتهى الأمر أن يطلب حلفه، فإنه ليس على الأمين إلا اليمين، كما قرر فى محله.

ولو ادعى الوارث للمضمون له عدم أداء الضامن، وادعى الضامن الأداء، فالظاهر أن على الضامن البينه والحلف لأنه ادعاء على الميت.

ولو ادعى الضامن الوفاء وأنكر ولى المضمون عنه فيما إذا مات، لم يكن له على الضامن إلا اليمين، فإن الأمين لم يخرج عن أمانته بموت الذى ائتمنه.

مسأله ۶ لو أذن المديون لغيره فی وفاء دينه

(مسأله ۶): لو أذن المديون لغيره فی وفاء دينه بلا ضمان فوفی، جاز له الرجوع عليه

(مسأله ۶): {لو أذن المديون لغيره فی وفاء دينه} لم يكن من الضمان الناقل لذمه المديون إلی ذمه الضامن فهو أمر خارجی {بلا ضمان} اصطلاحی ليكون له أحكام الضمان.

{ف_} إن {وفی} والحال هذه {جاز له الرجوع عليه} إذا كان قصده إعطاءه بدله ولم يقصد المأذون التبرع، لأنه حينئذ يدخل فی قاعده (من استوفی مال غيره أو وقت غيره كان عليه بدله)، المستفاده من قاعده احترام مال الناس وعملهم، أو كان صدق علی المديون الغار _ وإن لم يقصد إعطاء بدله _ لقاعده المغرور يرجع إلی من غره.

ومنه يعلم أنه إذا لم يقصد المأذون التبرع، لكن لم يقصد الآذن إعطاء بدله، ولم يكن المأذون مغروراً، لم يكن وجه لرجوع المأذون إلی المديون، لأصاله عدم ضمان المديون.

وعليه فاحتمال القواعد فی المسأله محل نظر، قال: ومن أدی دين غيره بغير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجع، ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضروره الأداء الرجوع وثبوته للعاده، انتهی.

أی احتمل ثبوت الرجوع، لأن العاده تقتضی أن المديون إذا أذن أراد الرجوع عليه بعد أداء المأذون، ومثلها ما حكی عن التذكره، بل اللازم التفصيل

ولو ادعى الوفاء وأنكر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله، ولو قيد الأداء بالشهاده وادعى الإشهاد وغيبه الشاهدين، قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لأن الغرض من الإشهاد

الذى ذكرناه، كما أن اللازم حمل كلام المصنف والساكتين عليه كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على ما ذكرناه.

{ولو ادعى} المأذون {الوفاء وأنكر الآذن} بصيغه اسم الفاعل، ولم يأت المنكر بالدليل {قبل قول المأذون لأنه أمين من قبله} كما فى الجواهر وغيره، والأمين يقبل قوله، كما ذكرناه فى كتاب الطهاره وغيرها.

نعم للآذن عليه الحلف، لأنه على الأمين {ولو قيد} الآذن {الأداء بالشهاده، وادعى} المأذون {الإشهاد} عند أدائه الدين {و} لكن ادعى {غيبه الشاهدين} حيث طلب منه أن يأتى بهما أو موتهما {قبل قوله أيضاً} لأنه أمين كما تقدم.

{ولو علم عدم إشهاده} حين الأداء {ليس له الرجوع} كما فى الجواهر وغيره، لأن الإذن انتفى بانتفاء قيده، فلم يكن الدفع بإذن المديون حتى يكون للمأذون الرجوع عليه، ومثله ما لو قيد الإذن بشرط آخر وانتفى الشرط، وحينئذ كان للمأذون الرجوع بما أعطى لأنه لم يقع عن الإذن ولم يكن المعطى متبرعاً بعطائه.

{نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد} أو لم يأت بالشرط الآخر المشروط عليه للوفاء {يحتمل جواز الرجوع عليه} على الآذن {لأن الغرض من الإشهاد

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه}، والأولى أن يفصل فى المسأله بأنه إن كان الإذن مقيداً لم يحق له الرجوع، لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه وإن حصل الغرض، وإن لم يكن الإذن مقيداً حق له الرجوع وإن لم يحصل الغرض، لأنه وقع على الوجه المأذون فيه.

ولذا أشكل على المتن السيد الجمال بقوله: لكنه ضعيف، وتعليله بحصول الغرض أضعف.

ثم إنه إذا اشترط عليه الإشهاد، فدفع المأذون المال إلى الدائن بحضور الآذن، لم ينفع فى الرجوع عليه، لأنه أتى بغير الشرط، أما ما فى القواعد من أنه لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب إليه، انتهى، فهو فى مسأله أخرى لا فى محل الكلام.

ولو شرط عليه الإشهاد، فإن أراد مجرد حضور شاهد أو شاهدين ولو غير جامعين للشرائط فهو، وإلا لزم الإشهاد الحجه شرعاً من عادلين، أو رجل وامرأتين، وعليه يحمل كلام القواعد والتذكره وجامع المقاصد.

قال فى الأول: ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين أو مستورين، فإنه لابد وأن يحمل على إراده من ظاهره العداله، كما فى الحديث أن يكون ساتراً لجميع عيوبه.

قال فى مفتاح الكرامه: ولم يرجح فى المبسوط فى المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك، والأقرب أنه ليس بمفرط، لأن عليه أن يشهد من يكون عادلاً

فی نظر الشرع حین الإشهاد وقد فعل.

وفی المقام فروع کثیره، نکتفی منها بما تقدم.

والحمد لله رب العالمین، والصلاه والسلام علی محمد وآله الطاهرین.

قم المقدسه

محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

ص:۲۴۳

کتاب الحواله

اشاره

کتاب الحواله

ص:۲۴۴

كتاب الحواله

وهى عندهم تحويل المال من ذمه إلى ذمه

كتاب الحواله

بفتح الحاء على وزن غزاله، وهى مشروعه عقلاً وشرعاً.

وعن التذكره إنها جائزه بالنص والإجماع، وعن المبسوط والسرائر إنها مشروعه بالنص وإجماع الأمه، وقد ذكر ذلك الجواهر ومفتاح الكرامه والمستمسك وغيرهم ساكتين عليه، مما يدل على أنهم موافقون للإجماع المنقول فى كلام أولئك.

والمراد بكتاب الحواله، كتاب هو حواله، أو بطريقه الإضافه.

والحواله كانت قبل الإسلام، وإنما قررها الشارع وزاد ونقص فى بعض خصوصياتها، ولذا كان المرجع العرف إذا شك فى تصرف الشارع فى خصوصيه، لإطلاق الدليل.

{وهى عندهم} غالباً لا جميعهم {تحويل المال من ذمه إلى ذمه}.

قال فى الشرائع: فالحواله عقد شرع لتحويل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه مشغوله بمثله، ومراده بمثله ليس لزوم التطابق حتى لا تصح حواله مائه على من ذمته مشغوله بألف، بل المراد لزوم أن تكون تلك الذمه مشغوله بما

والأولى أن يقال: إنها إحاله المـديون دائنه إلى غيره، أو إحاله المـديون دينه من ذمته إلى ذمه غيره، وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان

لايقل من مائه، وإنما قلنا (غالباً)، لأن العلامه لا يرى لزوم اشتغال ذمه المحال عليه مشغوله.

ولذا قال فى القواعد: وهى عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى آخرى، ونحوه المحكى عن تحريره وتذكرته، وكذا عن الوسيله والسرائر.

{و} على هـذا فـ {الأولى} لا الأفضل، بل من قبيل (أولى لك فأولى) {أن يقال} فى تعريفها {إنها إحاله المديون دائنه إلى غيره}، وإذا قيل بصـحه الحواله من البرى إلى البرىء، مثل إحاله شـخص الفقير إلى غيره، كما هو متعارف، بل قد يجب إذا وقع ضمن شرط عقد ونحوه، لم يحتج التعريف إلى ذكر الدائن والمديون.

والظاهر صحه أن يحيل إلى ذمه غيره كلياً أو فى عين خارجيه، كما تقدم مثله فى الضمان، ولعله لذا أسقط (ذمه) غيره.

{و} كيف كـان، قـال فى مفتـاح الكرامه: لما لم يشترط المصـنف فى الحواله شـغل ذمه المحال عليه حاول فى التعريف شـموله لهذا القسم لئلا ينتقض فى عكسه.

قـال فى المسالك: لكنه وقع فيما هو أصـعب من ذلك، وهو انتقاضه فى طرده، وكأنه إلى رد ذلك أشار المصـنف بقوله: {على هذا فلا ينتقض طرده بالضمان}، وجه الانتقاض ما ذكره بقوله:

فإنه وإن كان تحويلاً ـ من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحاله المذكوره، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه.

ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار

{فإنه وان كان تحويلاً ـ من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمته} فيشبه من هذه الجهه بالحواله {إلا أنه ليس فيه الإحاله المذكوره} لأن التحويل والنقل إنما هو عن ذمه المحيل والمحول، والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً، والنتيجه وإن كانت نقل ما فى ذمه إلى ذمه إلا أن الناقل قد يكون من شغلت ذمته كما فى الحواله، وقد يكون غيره كما فى الضمان.

{خصوصاً إذا لم يكن} النقل {بسؤال من المضمون عنه} فإن الفرق أوضح، وإن كان حتى فى سؤاله لا ـ حواله، إذ لا يحيل المضمون عنه، بل يسأل الضامن الإحاله، ولذا قال فى المستمسك: لأن الذى يسأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل.

أقول: وما يعبر به فى العرف أحياناً حيث يقال: إن المضمون عنه أحاله إلى الضامن من باب التوسعه لا ـ الحقيقه، كما يقال للمحال عليه عند قبوله الحواله أنه ضمنه.

{ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ} لحديث رفع القلم وحجر الغلام، إلا ـ أن يقال: بكفايه الرشد فى الجمله مما يكفى فى المعاملات الجزئيه، حيث تقدم كراهه معاملته لا بطلانها.

{والعقل} حيث لا تشمل الأدله مسلوب العقل، والأدوارى إنما تصح معاملاته حال إفاقته.

{والاختيار} إذ لا تصح معامله المكرَه، وإن كان ربما يستشكل فى اشتراط

وعدم السفه فى الثلاثه، من المحيل والمحتال والمحال عليه، وعدم الحجر بالسفه فى المحتال والمحال عليه

اختيار المحال عليه المـديون للمحيل إذا أحال عليه بمثل ما يطلبه، لأن الحواله مثل أن يرسل وكيله إلى المديون لقبض دينه، فلا يحق للمديون أن يقول: لا أسلم الدين إلا إلى الدائن نفسه.

نعم، إذا كانت الحواله على برىء أو بغير الجنس الـذى كان مـديوناً فيه اشترط رضاه، لأن كرهه خلاف دليل سـلطنه الناس على أموالهم، وهو مديون بشىء فمبادلته بشىء آخر فى الحواله عليه بغير الجنس مبادله، وفى المبادله يعتبر رضى الطرفين.

{وعـدم السـفه} لأـن السـفيه ممنوع من التصـرف فى مـاله، وكـل من الثلاثه متصـرف فى ماله {فى الثلاثه من المحيل والمحتال والمحال عليه}.

ومنه يعلم أن قوله: {وعدم الحجر بالسـفه} من غلط النساخ، والصـحيح بالفلس، كما نبه عليه الساده الوالد والحكيم والبروجردى وغيرهم.

{فى المحتـال والمحال عليه} فإن المحتال إذا كان محجوراً لم يحق له نقل ما له على المحيل إلى المحال عليه، لأنه تصـرف فى ماله، والمحال عليه إذا كان محجوراً لم يحق له أن ينقل ما عليه للمحيل إلى أن يكون عليه للمحتال.

وقـد أشـكل على (المحال عليه) المسـتمسك بقوله: يشـكل ذلك بأن قبوله ليس تصـرفاً فى ماله الـذى هو موضوع حق الغرماء، وإنما هو تصـرف فى نفسه وفى ذمته فلا مانع منه، نعم هو تصـرف مالى فلا يجوز من السـفيه، ويجوز من المفلس نظير الاقتراض الذى سيذكره، انتهى.

بل والمحيل إلا إذا كانت الحواله على البرىء، فإنه لا بأس به، فإنه نظير الاقتراض منه.

أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمه

وحاصله: إن المحال عليه نقل لذمته المشغوله بدين المحيل إلى المحتال فصارت مشغوله بدينه، وفيه: إنه نوع تصرف مالى، فيشمله دليل الحجر، كما هو كذلك فى السفيه، ولذا سكت على المتن الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وجمله آخرون من المعلقين.

{بل والمحيل}، لا حاجه إلى (بل) وكأنه جاء به بقصد ما ذكره من الاستثناء، وذلك لأن المحيل المحجور عليه فى ماله لا يحق له نقل الدين إلى ذمه المحال عليه ليكون وفاؤه مما فى ذمته فتكون الحواله تصرفاً فى ماله الذى فى ذمه المحال عليه وهو متعلق حق الغرماء.

{إلا إذا كانت الحواله على البرىء فإنه لا بأس به فإنه} بناءً على صحه الحواله على البرىء يكون {نظير الاقتراض منه} وذلك ليس تصرفاً فى ماله.

وعلى هذا فلا يعتبر عدم الفلس فى المحال عليه أيضاً، كما نبه عليه السيد البروجردى وغيره.

{أمور} بعضها مورد الخلاف وبعضها مورد الاتفاق:

{أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم}، وفى المستمسك: بل الظاهر أنه من المسلّمات من دون خلاف ولا إشكال.

{حيث عدوها من العقود اللازمه} ولذا قال فى المسالك: لأن الحواله

فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً

عقد لازم من جمله العقود اللازمه فلا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ويعتبر فيها ما يعتبر فى غيرها من اللفظ والمقارنه وغيرهما.

أقول: كونه عقداً يدل عليه ما سيأتى، وأما كونه لازماً فلأنه الأصل فى العقود، قال سبحانه:(يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1))، ولذا كان جواز عقد مّا محتاجاً إلى دليل مخرج له عن الإطلاقات والعمومات.

{فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال} لأن المحيل يحيل المحتال، لكن ربما يقال بصحه العكس، بأن يكون الإيجاب من المحتال والقبول من المحيل، فيقول المحتال: أحيل نفسى منك إلى مديونك، فيقول المحيل: قبلت، وذلك لأنه كالعكس له اعتبار عقلائى، وقد ذكر المصنف فى كتاب النكاح صحه الإيجاب من كل من الزوج والزوجه، فيكون الآخر قابلاً، والمقام ليس فوق النكاح.

{وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً} برئياً كان أم لا، كما يأتى الكلام فى أنه هل يعتبر رضى المديون للمحيل أم لا.

{أو إذا كان برئياً} لوضوح أنه باطل بدون رضاه، لأن الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم، فلا يحق للمحيل إشغال ذمه البرىء بدون رضاه، وإنما لم يكن المحال

۱- المائده: الآيه ۱

فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعامله، ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين

عليه من أركان العقد، وإن اشترط رضاه.

{فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل} ولا يلازم _ لأن الكلام فى مرحله الثبوت لا الإثبات كما لا يخفى _ {على كونه طرفاً وركناً للمعامله}، فهو كرضى الأب بتزويج بنته البكر على القول بلزوم رضاه، فإن ذلك لا يجعل أركان العقد ثلاثه.

{و} لكن مع ذلك {يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين} أو من إيجابين وقبول، وذلك لأن المقوله الحقيقيه المتقومه بأكثر من طرف قد يكون طرفاه بالتأثير والتأثر، مثل الكسر للكوز والانكسار، وقد يكون بإيجادين يكملان حقيقه واحده كشقى الباب حيث إنهما إيجادان لا تأثير لأحدهما فى الآخر.

وكذا الحال إذا كانت الأطراف أكثر من اثنين، وإذا كانت المقوله الحقيقيه هكذا كانت المقوله الاعتباريه كذلك، مع وضوح أن الاعتبار أخف مؤنه، ففى البيع والنكاح مثلاً يمكن إيجاب من جانب أحدهما وقبول من الآخر، ويمكن إيجابان من كل جانب إيجاب، فالأول يكون من قبيل التأثير والتأثر، والثانى يكون من قبيل الإيجادين، فهذا يجعل نفسه زوجاً لتلك، وتلك تجعل نفسها زوجه لذاك.

وهذا يوصل علاقه ماله بذاك، وذاك يوصل علاقه ماله بهذا، على نحو عمليه

واحده لها طرفان، وإذا صح ذلک فی المقوله الاعتباریه یکون المقام کذلک: إیجاب لقبولین، أو إیجابان لقبول واحد، أو إیجابات ثلاثه، کان الموجود الاعتباری الذی هو الحواله یوجد کل واحد من الثلاثه ثلثه، فقد یفعل هذا الوجود الاعتباری أحدهم، والآخران یقبلانه، وقد یفعله اثنان والثالث یقبله، وقد یفعله کل الثلاثه.

ولذا احتمله الجواهر کما یظهر من قوله: لم أجد القول باحتمال اعتباره علی وجه القبول بأن یکون هذا العقد مرکباً من إیجاب وقبولین، وإن کان هو مقتضی ما تسمعه من دلیلهم.

ثم إن السیدین الوالد والبروجردی قویا احتمال الماتن:

قال الأول: بل هو الأقوی إذا کانت الحواله علی البریء أو بغیر الجنس.

وقال الثانی: هذا لا یخلو من قوه، فیما إذا کانت الحواله علی البریء أو بغیر جنس ما علی المحال علیه، نعم لا یبعد عدم بطلان الحواله بالفصل علی النحو المتعارف فیها، انتهی.

وأراد (رحمه الله) بذلک رفع إشکال أنه کیف یتأخر القبول من المحال علیه من إیجاب الحواله، وهو کذلک لما تقدم من أنه أمر عرفی أمضاه الشارع، کما ورد فی الروایات جمله من صغریات المسأله، وشملها (أوفوا بالعقود) ونحوه علی التقریب الذی ذکرناه فی کتاب الضمان وغیره، من أنه یشمل الأمر العرفی فیکون ذلک العقد المعروف باسمه، لا أنه یجعله عقداً جدیداً، وإن قال الماتن والمستمسک فی جمله من مسائل المضاربه والمزارعه والمساقاه والضمان بالثانی، فراجع.

وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمه، من الموالاه بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحواله بالكتابه، ولكن الذى يقوى عندى كونها من الإيقاع

أما قول السيد الجمال فى تعليقه على إيجاب وقبولين: أو منحلاً إلى عقدين، فلا يخفى ما فيه، إذ هو شىء واحد لا شيئان، ولذا لم أجده من غيره.

{وعلى ما ذكروه} من أن الحواله عقد {يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمه من الموالاه بين الإيجاب والقبول} لكن اللازم القول بذلك بالقدر العرفى لا- أكثر، إذ لا دليل على الأكثر، وعليه {ف_} قوله: {لا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما، بأن أوقع الحواله بالكتابه} غير ظاهر الوجه، إذ هى حواله عرفيه، فيشملها (أوفوا).

{ولكن الذى يقوى عندى} خلافاً للمشهور، بل ظاهرهم التسالم عليه {كونها من الإيقاع} وكأنه أراد بذلك التخلص من احتياجها إلى قابلين، ومن صحه انفصال القبول عن الإيجاب وما أشبه، مع أنه وقع فى الأكثر إشكالا، حيث إن الفرق بين العقد والايقاع أن الأول إعمال السلطه من نفرين، بينما الثانى إعمال السلطه من شخص واحد، ولذا كان النكاح حيث بحاجه إلى إعمال سلطه كل من الزوجين عقداً، بينما الطلاق حيث لا يحتاج إلا إلى إعمال سلطه الرجل فقط إيقاعاً.

ولا ينقض ذلك بمثل الخلع حيث يحتاج إلى بذل المرأه، إذ الكلام فى أن الإيجاد هل يحتاج إلى نفر أو إلى نفرين، والخلع

غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً وذلك لأنها

يوجده نفر واحد، وإن كان مشروطاً بشيء، وليس الكلام فى الشرط، بل الكلام فى المقوم، وحالهما كحال الجزء والشرط حيث إن الأول مقوم والثانى خارج لكنه مرتبط.

ولذا الذى ذكرناه أشكل غير واحد على المتن، فقال السيد الوالد: بل الأقوى كونها عقداً بين اثنين تاره وبين ثلاثه أخرى، والوجه المذكور ممنوع من وجوه، كما أن الأقوى كون الضمان والوكاله عقداً أيضاً.

وكذا أشكل عليه الساده ابن العم والجمال والبروجردى، قال ثالثهم: هذا ضعيف جداً، وما استدل به عليه أضعف منه، إذ الوفاء هو تأديه العين إلى مالكه، والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه، والمحيل لايؤدى ما فى ذمته إلى مالكه، بل ينقله إلى ذمه أخرى، وهو تصرف فى ملك الغير، وفى ذمه الغير بلا سلطنه منه عليها، فلا يصح بدون قبولهما، فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً إلى القبول، انتهى.

ثم إنه يظهر مما تقدم أن ليس مناط الإيقاع والعقد كونه تحت سلطان أو سلطانين فقط، كما جعله المستمسك المعيار، بل يحتاج مع ذلك إلى بيان الفارق بين ما كان تحت سلطانين على نحو الجزء الذى يكون عقداً، أو على نحو الشرط الذى يكون إيقاعاً.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر فى استدلال المصنف بقوله: {غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال، أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً} إذ الرضا غير كونه جزءً الذى هو ميزان العقد {وذلك} الذى ذكرناه من أنها

نوع من وفاء الدين، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع

إيقاع {لأنها نوع من وفاء الدين}، فيه: إن نقل المحتال دينه من ذمه إلى ذمه أخرى غير الوفاء الذى هو وصول الدين إلى الدائن.

نعم كلاهما يوجبان فراغ ذمه المديون، لكن الاشتراك فى ذلك لا يوجب كون أحدهما كالآخر فى كونه إيقاعاً، ولذا لم يكن وجه ظاهر لقوله: {وإن كانت} الحواله {توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه والانتقال نوع من الوفاء وهو} أى الوفاء {لا يكون عقداً} لأنه تحت سلطه إنسان واحد، حيث يفرغ المديون ذمته بدون اختيار للدائن، ولذا لا يحق للدائن الامتناع.

لكن فيه: إن الانتقال ليس وفاءً، ولذا يحتاج إلى رضى الدائن.

ولذا استدركه بقوله: {وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك إيقاع}.

لكن فيه: إن الوفاء بغير الجنس معاوضه، فهو عقد وليس بإيقاع، ولذا قال المستمسك: فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضه بين الدين والجنس الآخر.

{ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً} ليس {من الإيقاع}، لأنه يحتاج إلى رضى المضمون له وتحت سلطنه كليهما، لا تحت سلطنه واحد، وليس مثل

فإنه نوع من الوفاء، وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر فى العقود اللازمه، ويتحققان بالكتابه ونحوها، بل يمكن دعوى أن الوكاله أيضاً كذلك، كما أن الجعاله كذلك، وإن كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر،

الخلع على ما تقدم، {ف_} الاستدلال على كونه إيقاعاً {إنه نوع من الوفاء} غير ظاهر الوجه.

{وعلى هذا ف_} اللازم أن {لا} يكونا كالإيقاعات بل {يعتبر فيهما} كل {شيء مما يعتبر فى العقود اللازمه}، أما على قول الماتن فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر فى أى عقد، لازماً كان العقد أو جائزاً، فتخصيصه باللازمه من باب أنه محل الكلام.

{و} أما أنهما {يتحققان بالكتابه ونحوها} كالإشاره، فلأنها كافيه فى كليه العقود، إذ لا دليل على اللفظ كما ذكر فى باب المعاطاه، ولذا قال فى المستمسك: لو بنى على المنع فى العقود بنى عليه فى الإيقاع، لاشتراكهما فى دليله نفياً وإثباتاً.

ومنه يظهر وجه النظر فى قوله: {بل يمكن دعوى أن الوكاله أيضاً كذلك} من الإيقاع، لأن الوكيل يوقعها، فليست كالبيع عقداً مما يعطى هذا شيئاً لذاك وذاك شيئاً لهذا، ولا كالنكاح مما يعطى كل نفسه للآخر.

{كما أن الجعاله كذلك} إيقاع {وإن كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الآخر} إذ اعتبار الرضا لا يوجب كونها عقداً، وجه النظر فيه: إن الوكاله والجعاله تحتاجان

ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون فى بيع دارى أو قال أنت وكيل مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

إلى القبول، والقبول غير الرضا، وبدون القبول لا تحقق الوكاله والجعاله عرفاً.

ولذا إذا قال له: أنت وكيلى، وقال: لم أقبل، لا يراه العرف وكيلاً.

وعليه فإذا أراد من قيل له التصرف بعد رفضه لم يحق له ذلك بخلاف المأذون، فإذا قال له: أنت مأذون فى كذا، وقال: لم أقبل، لم يرفع ذلك إذن الآذن، ولذا قيل فى باب الوكاله أنها عقد لها آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافه مخصوصه بين الوكيل والموكل من آثارها سلطنه الوكيل على الموكول سلطنه مخصوصه ليست هى فى المأذون فيه.

وإن شئت قلت: إن الإذن يستند بالآذن، وان لم يرض المأذون، بينما ليست الوكاله كذلك.

ومن الكلام فى الوكاله يعرف وجه كون الجعاله عقداً، وليس إيقاعاً وإذناً مجرداً.

وبذلك ظهر ضعف قوله: {ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون فى بيع دارى، أو قال أنت وكيل} فى ذلك، وإذ لا فرق بينهما {مع أن الأول من الإيقاع قطعاً} إذ الإذن لا يحتاج إلى القبول، فإن معناه أن تصرفك ليس ممنوعاً من قبلى فهو مربوط بالإذن فقط، كان اللازم أن يكون الثانى إيقاعاً أيضاً، لأن المساوى لشىء محكوم بأحكامه كما هو بديهى، وإنما ظهر ضعف ذلك لأن الإذن رخصه، أما الوكاله فهى إعطاء سلطنه، والأول لا يحتاج إلى القبول، أما الثانى

فبحاجه إليه، لأنه إذا لم يتحقق الأخذ لم يتحقق الإعطاء، فهو فعل قائم بالطرفين، ولذا اختلفت آثارهما.

قال فى المستمسك: الفرق بين الأمرين ظاهر، فإن الوكيل كالأصيل، فالوكيل فى وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبه، والمأذون فى الأداء ليس كذلك، وأيضاً فإن الوكيل تجوز مطالبته فى الوفاء ومخاصمته، والمأذون ليس كذلك، وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكاله فلا يكون وكيلاً والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الأذن، والوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكاله ويرد الإيجاب فلا يكون وكيلاً والمأذون ليس كذلك، والوكاله المعلقه باطله بخلاف الإذن، والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل، وليس كذلك المأذون، ومن ذلك تتبين أن الوكاله قائم باختيار الوكيل، وتتوقف على قبوله، وليس كذلك الإذن، انتهى.

أقول: ما ذكره من الآثار، وإن كانت بعضها محل مناقشه، إلا أن جمله منها مما دل عليه العقل وقرره الشرع بالإمضاء، وبعضها مما دل عليها الشرع بنفسه، وتفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب الوكاله.

ولو تنازعا فى الإذن والوكاله، كان من التداعى، لأنه لا أصل فى أحدهما، وإن كان الأصل فى بعض الآثار يقتضى أثر الوكاله عدم جواز التصرف إذا رد ما قال له، بدون أن يدرك أنه إذن له أو وكله، وفى بعض الآثار يقتضى أثر الإذن كأصاله عدم نفوذ التصرف بعد سحب ما أعطى أو أذن، وإن كان النفوذ مقتضى الدليل إذا كانت وكاله.

الثانی: التنجیز، فلا تصح مع التعلیق علی شرط أو وصف، کما هو ظاهر المشهور، لکن الأقوی عدم اعتباره کما مال إلیه بعض متأخری المتأخرین.

وعلیه، فلو شک المعطی له بینهما کان علیه أن یرتب الأثر الموافق للأصل، ولزوم التفکیک بین المتلازمین فی الأحکام الشرعیه غیر عزیز، کما لا یخفی.

{الثانی: التنجیز}، ذکره هنا غیر واحد، وسکت عن ذکر هذا الشرط آخرون، ولعل الساکت هنا اکتفی بذکره فی بعض الکتب الأخر.

مثلاً الشرائع والقواعد سکتا عن ذکر هذا الشرط فی الحواله، مع أنهما ذکراه فی بعض الکتب الأخر، ولذا أشکل فی هذا الشرط هنا غیر واحد، وإن جعله بعضهم أحوط.

{فلا تصح} الحواله {مع التعلیق علی شرط أو وصف کما هو ظاهر المشهور} فقد ادعوا الإجماع علی عدم صحه التعلیق فی العقود والإیقاعات، ولعل الذین لم یذکروه هنا اکتفوا بذکروه فی غیر المقام.

{ولکن الأقوی عدم اعتباره، کما مال إلیه بعض متأخری المتأخرین} وهذا هو الأقرب، ولذا سکت علیه ابن العم والبروجردی وغیرهما، وإن جعل الاشتراط الوالد أقوی، والجمال الصحیح.

وقال المستمسک: العمده فی اعتباره الإجماع المدعی علی اعتباره فی کلیه العقود الذی لا مجال لرفع الید عنه، بعد دعواه من الأساطین وتلقی الباقین له بالقبول، وإلا فلم یذکر هذا الشرط هنا فی جمله من الکتب.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال، وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى، وحينئذ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل، لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحواله بل هو من الضمان

{الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال} قال فى مفتاح الكرامه: إنه حكى عليه الإجماع فى التذكره والمسالك والروضه والمفاتيح والكفايه. ونفى عنه الخلف فى مجمع البرهان والرياض، وفى الغنيه الإجماع على الأول، ونفى الخلاف عن الثانى، إلا من داود، ومراده بين المسلمين، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر.

{وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى} فإنه تصح حواله وإن لم يرض المحيل.

{وحينئذ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل} وهذا هو المحكى عن التذكره والمسالك والروضه والحدائق، لكن فى المسالك زياده: فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره، انتهى.

لكن فى صحه كون هذه حواله {لا وجه له} عند المصنف وآخرين {إذ المفروض لا يكون من الحواله بل هو من الضمان} ولذا قال فى الجواهر: فيه

إمكان منع صحه هذه الحواله، لعدم إطلاق فى نصوص المقام يتناولها، و(أفوا بالعقود) إنما يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع والصلح والحواله ونحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

ثم استدل بالإجماع على اشتراط رضى المحيل، وبالاتفاق على أن المحيل والمحتال من أركان العقد، لعدم اختلاف أركان عقد الحواله، وأشكل عليه المستمسك بأن التعارف لا يقيد الإطلاق، ولو بنى على ذلك لزم تأسيس فقه جديد.

أقول: ما ذكره المستمسك تام، لكن لا يكفى فى رد الجواهر إلا بعد إثبات أن هذا القسم حواله متعارفه، فيشمله دليل الحواله، إن كان هناك إطلاق فى دليل الحواله، أو المناط فى جزئيات الحواله الوارده فى النصوص، حيث يفهم منها أن الشارع أمضى الحواله المتعارفه، والذى منه ما استثناه الجماعه فهما بالمناط، أو يقال كما تقدم منا غير مره أن الشىء لو كان داخلاً فى مفهوم عرفى يشمله (أوفوا بالعقود) بذلك العنوان، لا بعنوان عقد جديد، فإذا قال العرف: إنه حواله، وشمله (أوفوا بالعقود) كان حواله شرعاً أيضاً، لا عقداً جديداً.

وحيث يتم الثانى والثالث أى المناط وشمول (أوفوا) لابد من ملاحظه هل أن العرف يراه حواله أو لا، والظاهر العدم، فلا يقول الدائن: إن لى حواله، ولا يقول المحال عليه: إن علىّ حواله، وعليه يتم قول المصنف، ولذا سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، أمثال الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

ومنه يعلم وجه النظر فى إجماع الجواهر واتفاقه، الذين استشهد بهما لمطلبه

حيث إنه كيف يمكن دعوى الإجماع مع خلاف مثل هؤلاء الأساطين.

وكيف كان، فهل ما ذكره المصنف من أنه ضمان هو الصحيح، أو ليس ضماناً أيضاً، بل نوع عقد جديد، كما استظهره المستمسك قائلاً: إن ما ذكره المصنف يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما فى ذمه إلى ذمه كما ذكره الأصحاب.

أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور، وإن كان التعهد من لوازمه، وحينئذ لابد من الرجوع فى تصحيحه إلى عموم(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1)) ونحوه، وعليه فلا يختص بصوره ما إذا كان المحال عليه بريئاً، بل يجرى فى غيره، فليس وفاءً من مال المحيل وإنما من مال المحال عليه، ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله، انتهى.

أقول: الظاهر كونه ضماناً، لأنه هو الذى يفهم العرف فيقال ضمن فلان دين المحال، فإنه لا اعتبار عندهم بالألفاظ بل بالواقعيات ولذا يلزم، وإلا كان وعداً فقط.

ثم إن كلام المستمسك أخيراً وإن كان فى نفسه صحيحاً، إلا أنه ليس وارداً على التذكره وغيره ممن شرطوا فى صحه هذه الحواله المستثناه، صحه الحواله على من لا دين عليه، إذ مرادهم أن مثل هذه الحواله خارجه من كيس المحال عليه لا كيس المحيل، واشتراطهم صحه الحواله على البرىء للإفاده ذلك، لا أنه لا تصح مثل هذه الحواله على المديون، لوضوح أن وجود الدين على المحال عليه للمحيل وعدم وجود الدين سواء من هذه الجهه.

وكيف كان، فكون ما ذكره هو الضمان لا العقد الجديد هو الظاهر من المعلقين.

۱- سوره المائده: الآيه ۱

وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحواله بغير جنس ما عليه

الساكتين على المصنف أمثال الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وغيرهم.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان المحيل هو المحال أو الأجنبى، كما إذا قال المحال للمحال عليه: أحلت دينى عليك، فقال: قبلت، أو قال الأجنبى للمحال عليه: أحلت دين المحال عليك، فقال: قبلت، فإنهما نوع ضمان، لأن المحال عليه قبل بالدين الذى على غيره، سواء كان لذاك الغير دين على المحال عليه أو لم يكن له دين عليه، والله سبحانه العالم.

{وكذا} يشترط الرضا {من المحال عليه إذا كان بريئاً}، قال فى مفتاح الكرامه: وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور، كما فى المختلف والمهذب البارع والمتقصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه والمفاتيح، وظاهر التذكره الإجماع عليه، ونسبه إلى علمائنا فى المختلف، ونسب الخلاف فى كشف الرموز إلى التقى.

{أو كانت الحواله بغير جنس ما عليه} نقل فى الجواهر عن التنقيح أنه قال: إن اعتبرنا شغل الذمه والحواله بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحواله بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً، قال: وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً، نعم هو كذلك فى سابقه، أى الحواله على البرىء، بناءً على صحتها، كما اعترف به غير واحد من الأفاضل.

وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف

أقول: وذلك لتسلط الناس على أموالهم وذممهم((١))، فلا حق لأحد أن يحول على البرىء.

نعم إذا رضى فقد أباح بنفسه التسلط على ذمته وماله، كما لا يحق لأحد أن يبدل ماله بمال غيره إلا برضاه، فلا يحق للمحيل أن يحول المحتال بغير جنس ما على المحال عليه، فإنه كان مشغول الذمه بشىء خاص فاشتغال ذمته بدون رضاه بجنس آخر خلاف سلطنته، فهو كما إذا أحال دائنه الذى يطلبه الدنانير إلى مديونه الذى يطلبه شياه، بأن يأخذ منه شياه بدون رضى المحتال، فكما أنه خلاف دليل سلطنه المحتال، كذلك إذا أحاله على أن يأخذ منه دنانير، فهو خلاف سلطنه المديون المحال عليه.

{وأما إذا كانت} الحواله {بمثل ما عليه ففيه خلاف} هل يعتبر رضى المحال عليه أم لا، فالمشهور اعتبار رضاه، وعن الأردبيلى لم يظهر فيه مخالف، وعن التذكره والمختلف الإجماع عليه.

لكن عن أبى الصلاح عدم اعتبار رضاه، وعن المختلف الميل إليه، ومر المحكى عن المقتصر والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضه وغيرهم، فراجع كلماتهم فى مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما.

استدل المشهور: بأن الأصل بقاء الحق فى ذمه المحيل بعد أن لم يرض المحال عليه بالحواله.

وبأن المتيقن من صحه الحواله ما إذا كان المحال عليه

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣

راضياً.

وبأن نقل المال من ذمه المحيل إلى المحال عليه تابع لرضاه، فإنه كيف يتصرف المحيل فى ذمه المحال عليه بدون رضاه.

وبأنه أحد من تتم به الحواله فأشبه المحيل والمحتال فى اعتبار رضاه.

وبأن الناس متفاوتون فى المعاملات والاقتضاء سهوله وصعوبه، وقد لا يريد المحال عليه أن يكون طرف المحتال، بينما كان راضياً أن يكون طرف المحيل، فهو كما إذا باع زيد داره لعمرو ولم يرد أن يكون القابض لها إلا نفس عمرو لا وكيله، حيث إن عمرواً لين العريكه حسن الاقتضاء بينما وكيله بذىء اللسان شديد الاقتضاء يكرهه الناس، حتى أنه إذا كان هو المقتضى للبيع لم يبعه البائع.

وبالإجماع المتقدم كما فى الجواهر.

واستدل غير المشهور الذين لم يشترطوا رضى المحال عليه، بإطلاقات الحواله، بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه فى القبض بالحواله، فلا وجه للاحتياج إلى رضى من عليه الحق، كما لو وكله فى القبض منه، كذا فى المسالك.

وبأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه فى قبض دينه، فلا وجه لاعتبار رضى المقبوض منه.

وبأن الحواله إيفاء بماله الذى فى ذمه المحال عليه.

وبأن الحواله بمنزله توكيل المحال عليه فى وفاء دينه.

أقول: قد يكون الوسط وكيلًا فى قبض حق الأول عن الثالث، وهذا لا يعتبر فيه رضى الثانى، لكنه ليس من الحواله فى شىء، إذ الحواله عباره عن نقل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فتبرأ ذمه المحيل، وقد ادعى فى المسالك الاتفاق على أن الحواله نقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى.

ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذى لى عليك، فلا يعتبر رضاه فإنه بمنزله الوكيل فى وفاء دينه، وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءه ذمه المحيل بمجرد الحواله بخلاف ما إذا وكله فإن ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء

وفى باب الوكاله لا يشترط رضى المديون للأصل وغيره مما تقدم فى دليل المشهور.

وقد يكون الوسط محتالاً بأن ينقل المحيل ما فى ذمته إلى ذمه المحال عليه فيبرأ ذمه المحيل عن دين المحتال وتبرأ ذمه المحال عليه عن دين المحيل، وتشتغل ذمه المحال عليه إلى دين المحتال، وهذا يلزم فيه رضى المحال عليه لأنه تصرف فى ذمته من قبل المحيل، وهو خلاف الناس مسلطون على ذممهم، ولذا كان مقتضى القاعده مع المشهور.

وقد وافق غالب المعلقين المشهور، وإن سكت السيد الوالد وبعض آخر على المتن، مما يدل على تصديقهم لتفصيل المصنف حيث قال: {ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذى لى عليك، فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزله الوكيل فى وفاء دينه} وحيث يلزم على المديون الوفاء لم يفرق بين أن يؤدى الدين إلى الأصيل أو الوكيل فلا حق له فى الامتناع.

{وإن كان} فرق بين الوكاله والحواله فالمقام هو {بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءه ذمه المحيل بمجرد الحواله} بينما الوكاله ليست كذلك.

ولذا قال: {بخلاف ما إذا وكله فإن ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء}

وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذى له عليه على نحو الحواله على البرىء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده، وقد يعلل باختلاف الناس فى الاقتضاء فلا بد من رضاه، ولا يخفى

إذ لم ينتقل المال للوسط من ذمه الموكل إلى ذمه أخرى {وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذى له عليه} فيكون المقام {على نحو الحواله على البرىء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده} لكن هذا التفصيل ضعيف، ولذا أشكل عليه الساده ابن العم والبروجردى.

قال الأول: لا يبعد اعتبار رضاه، ولا محصل لهذا التفصيل.

وقال الثانى: الأحوط للمديون قبول الحواله فى هذه الصوره.

وقال الثالث: لا محصل لهذا التفصيل، فإنه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشره دنانير وأحال زيداً عليه بعشره دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه فى ذمته، سواء قيده بكونه له فى ذمته أو أطلقه.

وقال فى المستمسك: إن جعله بمنزله الوكيل فى الاستيفاء ينافى كون الحواله نقلاً، فالمصنف جمع بين دعويين متنافيين.

ثم إن بعض أدله الطرفين وإن كانت مخدوشه كما لا يخفى، إلا أنك قد عرفت أن مقتضى القاعده مع المشهور.

{وقد يعلل} كلام المشهور كما فى المسالك ومفتاح الكرامه وغيرهما {باختلاف الناس فى الاقتضاء، فلا بد من رضاه} كما سبق توضيحه {ولا يخفى

ضعفه، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه.

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً فى ذمه المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً

ضعفه} إذ ذلك ليس دليلاً ـ شرعياً {وإلا} نقض بموارد كثيره، مثلاً {لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه} كما ذكروه فى كتاب الدين، ولزم أن لا يصح إرسال الوكيل للاقتضاء ديناً كان أو عيناً، ولزم أن لا يصح الأمر فيما انتقل حق الاقتضاء إلى الوصى أو الولى أو المولى عليه، إلى غير ذلك، مع أنه لا إشكال لأحد فيها.

{الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً فى ذمه المحيل} نقل هذا الشرط فى مفتاح الكرامه عن المبسوط والشرائع والتذكره والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير، وعن الكفايه نسبته إلى الشهره، وفى مجمع البرهان نقل عن بعضهم حكايه الإجماع عليه، وعن التحرير لو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعاً.

{سواء كان مستقراً أو متزلزلاً ـ} كما صرح جمله منهم بذلك، واستدل له بأن موارد الحواله فى الروايات فى المال الثابت فى الذمه، فالتعدى إلى غيره مع عدم العلم بالمناط غير تام، وبأنه مقتضى التحويل عرفاً، وهو الذى أمضاه الشارع، إذ الحواله عرفاً نقل ما فى ذمه إلى ذمه، فهو يتوقف على وجود شىء فى الذمه.

وإنما عممنا الامر إلى المتزلزل، لأن التزلزل لا يضر بالثبوت فى الذمه، كما إذا اشترى بالخيار، فإن المال ثابت فى ذمه المشترى لكن بتزلزل، فإذا حول البائع إلى مديون له صحت الحواله.

فلا تصح فی غیر الثابت، سواء وجد سببه کمال الجعاله قبل العمل، ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق، أو لم یوجد سببه أیضاً کالحواله بما یستقرضه، هذا ما هو المشهور، لکن لا یبعد کفایه حصول السبب کما ذکرنا فی الضمان

{فلا تصح فی غیر الثابت، سواء وجد سببه، کمال الجعاله قبل العمل} فإن سبب الاستحقاق الجعل، وقد حصل.

{ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق}، والنصف الثانی من الصداق المتوقف علی الدخول، وکالجارح إنساناً حیث أشرف علی الموت/ مما یوجب علیه الدیه، إلی غیر ذلک.

{أو لم یوجد سببه أیضاً کالحواله بما یستقرضه} أو یشتریه أو بمهر بعد أن یتزوج فی المستقبل أو ما أشبه ذلک {هذا ما هو المشهور} کما عرفت، بل قد تقدم نقل الإجماع علیه.

قال فی مفتاح الکرامه بعد نقل الشهره عن الکفایه کما تقدم: ولعل نسبته إلی الشهره، لعدم تعرض جماعه کثیرین له، ولعل السر فی ذلک ظهوره من کلامهم وتعریفهم الحواله، قال: وفی الحدائق حکایه علی البت وهو منه عجیب، انتهی. ولعل المصنف نسبه إلی الشهره لا الإجماع لذلک.

{لکن لا یبعد کفایه حصول السبب کما ذکرنا فی الضمان} إذ أراد بذلک الحواله بمعنی الالتزام والتعهد، کما قاله الوالد فی تعلیقه حیث قال: لو تم ذلک لکان من باب الالتزام والتعهد لا الحواله، انتهی.

بل لا يبعد الصحه فيما إذا قال: أقرضنى كذا وخذ عوضه من زيد، فرضى ورضى زيد أيضاً، لصدق الحواله

تم ما ذكره، لكنه ليس من هذا الباب.

وإن أراد الحواله المصطلحه ذات الأحكام الخاصه، فيرد عليه ما ذكره غير واحد من المعلقين كالساده البروجردى والحكيم والجمال وغيرهم من تقويه قول المشهور، لأنه إذا لم يكن دين على المحيل لم تتحقق الحواله العرفيه حتى تشملها الأدله الشرعيه، إذ الحواله عرفاً عباره عن نقل المحيل ما فى ذمته إلى ذمه المحال عليه، والمفروض أنه لا دين فى المقام، فتأمل.

ومنه يعلم حال فرضه الثانى الذى عنونه بقوله: {بل لا يبعد الصحه فيما إذا قال: أقرضنى كذا وخذ عوضه من زيد، فرضى} المقرض {ورضى زيد أيضاً لصدق الحواله} إن أراد صدقها بتوسعه، فذلك لا يصحح موضوع الحواله العرفيه والشرعيه، فهو مثل صدق البيع والتجاره والاشتراء والشراء فى قوله سبحانه:(فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ)(۱)، و)تِجارَهً لَنْ تَبُورَ)(۲) و)إِنَّ اللَّهَ اشْتَرى)(۳) و)الَّذينَ يَشْرُونَ الْحَياهَ الدُّنْيا)(۴)، ومثل صدق النكاح فى الوطى واللواط بما دون الدبر، وغير ذلك من الألفاظ الصادقه مجازاً على غير حقائقها المتبادره منها، وان أراد صدقها حقيقه، ففيه إنه إذا

۱- التوبه: الآيه ۱۱۱

۲- فاطر: الآيه ۲۹

۳- التوبه: الآيه ۱۱۱

۴- النساء: الآيه ۷۴

وشمول العمومات، فتفرغ ذمه المحيل وتشتغل ذمه المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال، فلا تصح الحواله بالمجهول على المشهور للغرر

لم يكن دين لم يصدق حقيقه، ولذا يصح السلب فيقول المحال عليه: علينا حواله، إذا تحقق قرضه، مثل قوله: (علينا دين) إذا تحقق الزواج من جهه مهر الزوجه، إلى غير ذلك من الأمثله.

{و} عليه فلا {شمول} لـ {العمومات}، ومنه يعلم الحال فى التفريع بقوله: {فتفرغ ذمه المحيل وتشتغل ذمه المحال عليه بعد العمل} فى الجعاله والسبق والرمايه {وبعد الاقتراض} فإنه إذا كان معنى أقرضنى إلخ، أن العوض يؤخذ من زيد، لم يكن انتقال دين، فلا يتحقق التحويل والتحول حتى يصدق الحواله، إلا إذا قيل بصحه العقد المعلق، والله سبحانه العالم.

{الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً} كيفاً وكماً {للمحيل والمحتال، فلا تصح الحواله بالمجهول على المشهور}، قال فى مقتاح الكرامه: نبه على هذا الشرط المبسوط والخلاف، وبه صرح فى الشرائع والتذكره والإرشاد والتحرير، بل قال فى الأخير: إجماعاً، وفى مجمع البرهان: لعله لا خلاف فى الاشتراط، وفى جامع المقاصد والكفايه: إن المشهور اشتراط علمهم بالقدر.

ثم قال السيد: لم نجد المخالف، وإنما احتملت الصحه مع الجهل، فى

ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آئلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً فى دفتره، على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن

التذكره والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً، إلا أن نقول: إن الخلاف يفهم من الوسيله والغنيه وغيرهما، حيث لم يذكروا هذا الشرط فيها.

أقول: وعن النهابه الإجماع عليه، وقد أيد المشهور السيدان ابن العم والجمال، وإن سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردى، وكذا اختلف سائر المعلقين بين مؤيد لهم أو له (للغرر)، وذلك لما تقدم فى جمله من الكتب من أن حديث نفى الغرر((1)) مروى عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) بطرقنا وطرقهم والعمل به صحيح، وإن كان طريقنا ضعيف السند، فإشكال المستمسك فى المستند محل إشكال.

{ويمكن أن يقال بصحته} إذا كان الجهل لا يوجب غرراً عرفياً، إذ لا تلازم بين الأمرين، فإذا كان الدين بين دينار ودينار ونصف لا يسمى غرراً عرفاً وإن كانت جهاله، وكذا إذا لم يعلم أن المنّ المطلوب هل هو حنطه أو شعير مثلاً.

أما ما ذكره المصنف من إمكان صحته {إذا كان آئلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً فى دفتره} يعرفانه إذا راجعاه {على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين} كماً أو كيفاً، لا أن يكون أصل الدين وجوداً وعدماً مجهولاً، إذ الكلام

١- الوسائل: ج ص٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع ح١٢

بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينه وثبت خذه من فلان، نعم لو كان مبهماً كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك على خذ من فلان، بطل

فى الجهل بهما لا بأصله.

{بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتقين} كما إذا تردد بين الخمسه والعشره، فإن الأصل البراءه من الزائد، أو بعد إمكان الوفاء، كما إذا علم أنه يطلب زيداً أو عمرواً ديناراً، ويطلب الآخر دينارين، وكلا المحيل والمحال لا يعلم قدر طلبه من هذا ومن ذاك، فإذا أحالاه صحت مع الجهل بالقدر وعدم الأوْل إلى العلم.

{بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينه وثبت خذه من فلان} إلى غير ذلك من الأمثله ففى إطلاقه نظر.

لأنه إذا كان فى شىء من ذلك الغرر لم يصح لما عرفت، وإن لم يكن غرر صح.

ولم يعلم هل أن المصنف لا يعتبر عدم الغرر لضعف سنده، أو يعتبره ولكن يرى أنه لا غرر فى أمثال المقام، فإن كان الأول فقد عرفت ما فيه، وإن كان الثانى ففيه: إن الأول لا يوجب رفع الغرر حين المعامله، وذلك هو المناط وإلا لصح أن يقول له: بعتك ما فى هذه الغرفه، وكلاهما لا يعلم بما فيها، لكنهما يعلمان به بعد فتح بابها.

{نعم لو كان مبهماً، كما إذا قال: أحد الدينين الذين لك علىّ خذه من فلان، بطل} علله فى المستمسك بأن المبهم المردد لا مطابق له فى الخارج إذ كل ما فى الخارج

وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان،

متعين غير مردد، وإذا لم يكن له مطابق فى الخارج امتنع أن يثبت لم حكم شرعى يترتب عليه عمل.

وقد سكت على المتن كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

لكن مقتضى القاعده الصحه فيما إذا لم يكن غرر عرفاً، وذلك للمناط فى الحواله الوارده فى الروايات وللعمومات، بعد أن لم يكن مانع من غرر ونحوه، كما إذا كان الدائن يطلب زيداً عشره دناينر ومائه درهم، وهما معادلان، فقال له المدين: خذ أحدهما من المحال عليه، فإنه لا غرر عرفاً.

وما استدل به فى المستمسك له أشبه بالأمور العقليه، إذ المعيار فى الموضوعات المترتبه عليها الأحكام العرفيات كما قرر فى محله، والعرف لا يشك فى أن المولى إذا قال لعبده: أحد الدارين لك، أو لك حق أن تسافر أحد سفرين، أو تزوج إحدى الفتاتين أو ما أشبه، لم يكن فيه محذور.

وكذا فى المقام إذا لم يكن دليل خاص أو كان غررياً.

وكذا فى كل المعاملات والإيقاعات، ولذا صح مثل ذلك فى باب إبقاء الزوجه فيمن أسلم عن أكثر من أربع، وفى باب الطلاق، إلى غير ذلك.

{وكذا لو قال: خذ شيئاً من دَينك من فلان} للإبهام الموجب للغرر.

أما إذا كان من قبيل ما لو أوصى بشىء أو جزء أو كثير أو ما أشبه، كما قالوا فى باب الوصيه، فمقتضى القاعده الصحه إذا قلنا إنه لا خصوصيه لباب الوصيه، وإلا أشكل للغرر، ولذا سكت على المتن كافه المعلقين وقرره المستمسك.

هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييرى، أمكن الحكم بصحته، لعدم الإبهام فيه حينئذ.

{هذا ولو أحال الدينين} بأن قال: خذ أحد الدينين {على نحو الواجب التخييرى، أمكن الحكم بصحته} وذلك {لـ} عمومات الأدله بعد {عدم الإبهام فيه حينئذ}، وقد قرره على ذلك السيدان الوالد وابن العم، وقال السيد البروجردى: فيه تأمل، وقال السيد الجمال: لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذى صرح ببطلانه، والمستمسك قرر الفارق قائلاً: يفترق الواجب التخييرى عن المردد أن المردد لا يكون موضوعاً لحكم شرعى، لعدم المطابق الخارجى له، والواجب التخييرى يكون موضوعاً للوجوب التخييرى، وله مطابق خارجى، فإن الوجوب التخييرى ليس قائماً بالمردد بين الخصال، وإنما قائم بكل واحده من الخصال، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحده من الخصال، وكذلك الوجوب الكفائى، إلى أن قال: فإذا تعلقت الحواله بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعاً، فإذا وفى أحد الدينين بطلت الحواله بالنسبه إلى الآخر ولم تقتض وفاءه، انتهى.

أقول: فى مقام الخارج لا يوجد إلا الفرد، وفى مقام الذهن يوجد الفرد المردد، كما يوجد الجامع بين الفردين، ولابد فى الواجب الكفائى والتخييرى ملاحظه مقام الذهن، وهما سواء من هذه الجهه، فالفرق بين المردد والجامع غير ظاهر الوجه، والقول بأن المردد لا خارج له بخلاف التخييرى والكفائى غير تام، فالقول بصحه كليهما هو مقتضى القاعده.

السادس: تساوی المالین، أی المحال به والمحال علیه، جنساً ونوعاً ووصفاً، علی ما ذکره جماعه، خلافاً لآخرین، وهذا العنوان وإن کان عاماً إلا أن مرادهم بقرینه التعلیل بقولهم تفصیاً من التسلط علی المحال علیه بما لم تشتغل ذمته به

{السادس: تساوی المالین، أی المحال به والمحال علیه، جنساً ونوعاً وصفاً} مثل کون کلیهما حباً وحنطهً وبغدادیهً، مع وضوح عدم الحاجه إلی ذکر الثلاثه، ولذا اقتصر فی الشرائع إلی ذکر الجنس والوصف {علی ما ذکره جماعه} کالشیخ وابن البراج وابن حمزه {خلافاً لآخرین} کالعلامه والشهیدین.

وقال فی الشرائع: ویشترط تساوی المالین جنساً ووصفاً، تفصیاً عن التسلط علی المحال علیه، إذ لا یجب أن یدفع إلا مثل ما علیه، وفیه تردد.

قال فی الجواهر: وجواز دفع شخص من جنس غیره بالتراضی مستقله أو وفاءً للأدله الخاصه التی لا تشتمل الحواله قطعاً، وإن کان لها حکم الوفاء فی بعض الأحوال دون بعض.

{وهذا العنوان} تساوی المالین {وإن کان عاماً} یشمل الحواله علی المدیون والحواله علی البریء، {إلا أن مرادهم} خصوص الحواله علی المدیون، وذلک {بقرینه التعلیل} فی کلماتهم لهذا الشرط {بقولهم تفصیاً من التسلط} للمحیل والمحتال {علی المحال علیه بما لم تشتغل ذمته به} وهو خلاف تسلط المحال علیه علی ذمه نفسه.

إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، فيما كانت الحواله على مشغول الذمه بغير ما هو مشغول الذمه به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم

{إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، فيما كانت الحواله على مشغول الذمه بغير ما هو مشغول الذمه به} (فيما) متعلق (بمرادهم)، و(بقرينه) إلى (ما عليه) جمله معترضه دليلًا على مرادهم، وإنما كان مرادهم ذلك بقرينه قول جماعه منهم كالعلامه فى القواعد، قال: وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأى، انتهى.

مما يظهر منه أن موضع الخلاف كون ما حوله المحيل مخالفاً لما للمحيل على المحال عليه، ومراده (برأى) ما أظهره فى مفتاح الكرامه من أنه رأى المبسوط فى موضع منه، والتذكره والتحرير والحواشى واللمعه والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح.

{كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم} فالمحتال له على المحيل دراهم ويطلب المحيل من المحال عليه دنانير فيقول المحيل للمحتال: اذهب وخذ دراهمك من المحال عليه، والحال أن المحيل لا يطلب من المحال عليه إلّا الدنانير.

ولا يخفى أن هذا هو محل الكلام، لا عكسه، وهو أن يكون التبدل فى مال المحتال، كأن يطلب المحتال من زيد دراهم، فيقول له: اذهب وخذ عوض دراهمك دنانير.

إذ الصور المتصوره أربع، لأنه إما لا تبدل، أو تبدل عند كليهما المحتال والمحال عليه، كأن يقول لمن يطلبه دنانير: اذهب وخذ دراهم ممن

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم

لى عليه شياه، أو تبدل عند المحتال فقط، أو تبدل عند المحال عليه فقط، وكلام المصنف هنا فى الرابعه.

{فلا يشمل} كلامهم {ما إذا أحال من له عليه الدارهم على البرىء بأن يدفع الدنانير} فإنه خرج بالقيد الأول حيث قال: (على مشغول الذمه)، هذا بالإضافه إلى أنه صار التبديل عند المحتال، لا عند المحال عليه.

{أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم}، الظاهر أن فى العباره نوع التواء، واللازم أن تكون هكذا (بأن يأخذ بدل ماله غيره) إشاره إلى كون التبدل لذى المحتال، وقد أوجز مفتاح الكرامه معنى كلامهم بقوله:

إن الحواله تتصور على وجهين:

الأول: أن يكون على المحيل لزيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير، والحال أن له على عمرو دنانير.

والثانى: أن يحيله على عمرو الذى ليس له عليه إلا الدنانير بدراهم، وهذا هو الذى فرضوا النزاع فيه، انتهى.

أقول: أما فى فرض المفتاح فالظاهر صحته، لأنه إذا تراضى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التى للمحتال فى ذمه المحيل إلى الدنانير، وصار الدين دنانير جاز التحويل حينئذ، وكان تحويل لما ثبت فى ذمه المحيل بعد قبول المحتال، لكن الكلام فى أنه هل نفس الحواله بذلك وقبول المحتال كاف فى لزوم هذا التحويل، حتى إذا لم يدفع المحال عليه صار طلب المحتال

ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن، فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس، والوجه فى عدم الصحه ما أشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه

من المحيل غير ما كان طلبه سابقاً، أو لا يلزم هذا التحويل، وإنما يكفى لأنه عقد عرفاً، فيشمله (أوفوا بالعقود)، أو لا يلزم لأنه لا يسمى عقداً.

نعم إذا أخذ المحتال من المحال عليه غير طلبه لزم، لأنه من قبيل المعاطاه، وقد ذهبنا إلى لزوم المعاطاه فى باب البيع، خلافاً للمشهور بينهم، وقد ذهب المستمسك إلى اللزوم مع تردد فيه، قال: ولعل إنشاء الحواله كاف فى حصول هذا التحول، ومن الكلام فى الصورتين _ أى كون التبدل لدى المحتال أو لدى المحال عليه _ ظهر الكلام فى الصوره الثالثه، وهى ما إذا كانت التحول لديهما معاً، فإنه يلزم بالنسبه إلى المحتال _ إذا قلنا بكلام المستمسك _ ولا يلزم بالنسبه إلى المحال عليه.

{ولعله} أى ما كان التبدل عند المحتال إنما لم يكن فيه خلافهم {لأنه وفاء بغير الجنس برضى الدائن} حيث إن الدائن المحتال قبل أن يأخذ بدل حقه شيئاً آخر من المحال عليه، والحق لا يعدو المحيل والمحتال.

ثم لا يخفى أن قوله: (وفاءً) فيه تسامح، إذ الحواله ليست وفاءً، بل هى نقل وتحويل لما فى ذمه إلى ذمه أخرى كما تقدم.

وكيف كان {فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس} هل يصح أو لا يصح، {والوجه فى عدم الصحه ما أشير إليه} فى قولنا (تفصيا) {من أنه} المحال عليه {لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه} فكيف يلزمه بالحواله

وأيضاً الحكم على خلاف القاعده، ولا إطلاق فى خصوص الباب، ولا سيره كاشفه، والعمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه، ووجه الصحه أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى

أن يدفع غير ما عليه، فإنه مستلزم لتسلط المحيل على ذمه المحال عليه، مع أن المحال عليه هو وحده مسلط على ذمته.

{وأيضاً الحكم على خلاف القاعده} كما ذكره الجواهر، فإن تبدل ما على المحال عليه إلى غيره بدون رضاه الأصل عدمه، حتى وإن لم تكن قاعده السلطنه.

{ولا إطلاق فى خصوص الباب} باب الحواله حتى يرفع الأصل {ولا سيره كاشفه} عن تقرير المعصوم (عليه السلام) حتى تقوم قبال الأصل، {والعمومات} مثل: (أَوْفُوا)((1)) ونحوه {منصرفه إلى العقود المتعارفه} لأن الشارع لم يغير العقد إلا نادراً، فالمرجع فيها العرف، وليس هذا يراد به لزوم أن يكون العقد فى زمان الشارع حتى يرد عليه عدم تماميه ذلك، كما تقدم الكلام منا فيه، بل المراد لزوم أن يكون عرفياً، سواء كان قديماً أو حديثاً، ولذا صححنا عقد التأمين ونحوه.

{ووجه الصحه} لمثل هذه الحواله بغير الجنس الذى على المحال عليه {أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى}

١- سوره المائده ١

ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التى عليه، وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير

مع رضى المحال عليه، كما قيده به الساده الوالد والبروجردى وغيرهما.

وقال فى المستمسك: إذ الإشكال المشار إليه فى الشرائع لا مجال له مع التراضى، لأن التسليط يكون بسلطنته، انتهى.

لكن ربما يقال: إنه بمجرد قبول المحال عليه لم يحصل وفاء، فليس إلّا وعداً منه بالتبديل والوعد ليس واجباً، فهو كما إذا قال البائع: ائتنى أبع لك البضاعه، فله أن لا يبيع، ولذا احتاط بعض المعلقين بقلب ما على المحال عليه بناقل شرعى بالجنس ثم الحواله، فتأمل.

{ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم} مع اعتبار أن تكون تلك الدراهم {من الدنانير التى عليه} حتى إذا أعطى عشره دراهم نقص من دين المحال عليه دينار مثلاً.

{وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير} كما إذا نسى المحيل أن له على المحال عليه دنانير، أو ما أشبه النسيان، فأحال عليه بدراهم {فلا ينبغى الإشكال فيه} لأنه لا تبديل عند المحال عليه {إذ هو نظير

إحاله من له الـدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير، وحينئذ فتفرغ ذمه المحيل من الدراهم وتشـتغل ذمه المحال عليه بها، وتبقى ذمه المحال عليه مشـغوله بالدنانير، وتشـتغل ذمه المحيل له بالدراهم فيتحاسـبان بعد ذلك، ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصوره الأولى، لا ما يشـمل هـذه الصوره أيضاً، وعلى هذا فيختص الخلاف بصوره واحده وهى ما إذا كانت الحواله على مشـغول الذمه بأن يدفع من

إحاله من له الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير} مع رضى المحال عليه، على ما تقدم من الحواله على البرىء.

{وحينئـذ فتفرغ ذمه المحيل من الدراهم وتشـتغل ذمه المحال عليه بها} حيث رضـى بالحواله {وتبقى ذمه المحال عليه مشـغوله بالدنانير} للمحيل {وتشتغل ذمه المحيل له بالدراهم} حسب الحواله {فيتحاسبان} المحيل والمحال عليه {بعد ذلك} الأداء، إذ يطلب أحدهما من الآخر دراهم، والآخر منه دنانير.

{ولعـل الخلاـف أيضـاً} (أيضـاً) أى كمـا أن الـدليل للبطلاـن {مختص بـالصوره الأـولى} من باب التبـديل {لا ما يشـمل هـذه الصوره}، أى ما ذكرناه بقولنا: (وأما إذا) إلـخ، {أيضاً} لأنها المنصـرف من كلماتهم، حيث يريـد المحيل التبديل، لا مثل ما إذا كان حواله على البرىء.

{وعلى هـذا} الـذى من (لعل) {فيختص الخلاف بصوره واحـده، وهى ما إذا كانت الحواله على مشـغول الذمه} وذلك {بأن} يحوله عليه لكى {يدفع من

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التى عليه دراهم.

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يـدفع من الـدنانير التى عليه دراهم} وحيث يأتى فى المسأله الآتيه أقسام من الحق الـذى عليه من العين والمنفعه والعمـل، لاـ فرق فيمـا ذكرناه من مورد الاختلاف بين كل الأقسام، والتى منها ما إذا اختلف الوصف وان اتحـد النوع، كمـا إذا كـان يطلبه حنطه بغـداديه فيحول عليه بحنطه بصـريه، وذلـك لأـن التبـديل بينهمـا أيضاً يحتاج إلى رضـى الطرفين المحيل والمحال عليه، أو المحتال والمحال عليه.

ص:٢٨٣

مسأله ۱ المال المحال به عین أو غیرها

(مسأله ۱): لا فرق فی المال المحال به أن یکون عیناً فی الذمه أو منفعه أو عملاً لا یعتبر فیه المباشره

(مسأله ۱): {لا فرق فی المال المحال به أن یکون عیناً فی الذمه} کأن یطلبه المحیل مائه دینار {أو منفعه} کخیاطه الثوب {أو عملاً} کأن یخیط ثوباً، والفرق بین المنفعه والعمل أن المنفعه أثر العمل، فقد یطلب المحیل من المحال علیه أن یخیط له ثوباً، وقد یطلب منه خیاطه ثوب، فالفرق بینهما کالفرق بین الإیجاد والموجود.

{لا یعتبر فیه المباشره} إذ لو اعتبر فیه المباشره علی نحو مصب العقد أو القید لم تصح الحواله، مثلاً یطلب المحتال من المحیل أن یخیط ثوبه بنفسه، بأن وقع بینهما عقد مصبه ذلک، أو مقید بمباشره المحیل، فإنه لا یصح حینئذ حوالته لیخیط ثوبه المحال علیه.

نعم إذا کان بنحو الشرط من المحتال علی المحیل صح للمحتال أن یرفع یده من شرطه ویقبل بالحواله، وکذا فی عکس المسأله، کما إذا طلب المحیل من المحال علیه أن یخیط ثوباً للمحیل، فإن کان بنحو المصب أو القید لم یصح أن یحول المحیل المحتال بذلک علی المحال علیه، إلا بنحو الحواله علی البرىء، وإن کان بنحو الشرط صح رفع یده عن الشرط، وحواله المحیل المحتال علی المحال علیه.

وعلیه فقوله: (لا یعتبر فیه المباشره) یراد به ما کان الاعتبار بنحو لا یمکن فیه غیر المباشره، لا مطلقاً حتی یشمل مثل المشروط بالمباشره بعد رفع الید عن الشرط.

ولو مثل الصلاه والصوم والحج والزياره والقراءه، سواء كانت على البرىء أو على مشغول الذمه بمثلها

{ولو مثل الصلاه والصوم والحج والزياره والقراءه} مما كان الغرض منه الثواب والأجر الأخروى {سواء كانت على البرىء أو على مشغول الذمه بمثلها} لإطلاق الأدله.

قال فى الجواهر: بل لا يبعد إن لم يكن إجماعاً جواز الحواله بالأعمال على البرىء، أو على مشغوله الذمه للمحيل بمثلها، بناءً على أنها بحكم المال، بدليل وقوعها ثمناً للمبيع، وعوضاً للخلع، ومهراً فى النكاح، من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره، وحينئذ فيصح إحاله مشغول الذمه بقراءه القرآن وزياره أو صلاه أو حج أو غير ذلك على برىء، أو على مشغول الذمه بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه، انتهى.

أقول: لا إجماع فى المسأله، كيف ولم يتعرض لها غير واحد ممن وجدتهم من الفقهاء، أما المعلقون كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم سكتوا على المتن، وقد ورد جعل سوره من القرآن مهراً كما ذكر فى باب النكاح.

وقوله: (الثواب وغيره) مراده بالغير ما كان لحاجه، لا لصرف الثواب، وإلا فالثواب _ أى الأمر الأخروى _ والقربه متلازمان، ومثل هذه الأعمال لابد فيها القربه.

قال فى الجواهر: لكنى لم أجد مصرحاً به، كما أنه لم أجد فى نصوص الحواله ما هو صريح فيه، أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب، والقول بعدم الصحه فى القيمى للجهاله ضعيف، والجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها.

أقول: نعم لا يأتى هنا جمله من المسائل المتقدمه فى المال، مثل الحواله بغير الجنس فيما إذا كان يطلبه صلاه فيحوله إلى من يطلبه صوماً، إلى غير ذلك، مثل صحه العباده على المحال عليه مثل أن يكون مسلماً فى الصلاه والصوم طاهراً، لا مثل الجنب والحائض وهكذا.

{وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب} فيما لم يكن الثوب مثلياً، كما صرح بعدم الفرق الشرائع وغيره، وإنما لا فرق لإطلاق الأدله.

{والقول بعدم الصحه فى القيمى} كما عن الشيخ وابن حمزه، بل نسبه الحدائق إلى الشيخ وجماعه {للجهاله}، مثلاً لو كان على المحيل شاه فأحالها على المحال عليه، يجهل المحال عليه خصوصياتها مما يوجب الغرر، وقد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

{ضعيف و} ذلك لضعف دليله، إذ {الجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها} مما يوجب عدم الغرر عرفاً.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك على الاستدلال، بأن الجهاله لا تقدح فى الحواله وليس من شرائطها العلم، كإشكاله فى الجواب غير ظاهر الوجه.

والظاهر أن التبدل عند المحال أو المحال عليه جائز فى القيمى، كما جاز فى المثلى على ما تقدم، لوحده الدليل فى كليهما.

ومنه يعلم صحه الحواله فى المثلى بالقيمه، سواء وجد المثلى أو لم يوجد فرضاً.

مسأله ۲ الحواله تبرئ ذمه المحیل

(مسأله ۲): إذا تحققت الحواله برأت ذمه المحیل وإن لم یبرءه المحتال، والقول بالتوقف علی إبرائه ضعیف، والخبر الدال علی تقیید عدم الرجوع علی المحیل بالإبراء من المحتال

(مسأله ۲): {إذا تحققت الحواله برأت ذمه المحیل وإن لم یبرءه المحتال} إذا لم یکن المحتال مغروراً، وکان قاصداً إلی مثل هذه الحواله، خلافاً لما إذا غره المحیل بأن أوهمه أن ذمه المحال علیه تشتغل بالإضافه إلی ذمه نفسه، کأنه من ضم ذمه إلی ذمه، حیث دلیل أن «المغرور یرجع إلی من غر»((۱)) یشمل المحیل حینئذ.

کما أنه إذا لم یکن غرور، لکن المحتال زعم عدم فراغ ذمه المحیل بالحواله فقبل علی ذلک، بحیث کان قاصداً حین عقد الحواله للحواله التی هی ضم ذمه إلی ذمه، لم تصح الحواله، لأن الحواله الناقله لم تکن مقصوده للمحتال، والعقود تتبع القصود.

نعم إذا قلنا فی الحواله بصحتها عند ضم ذمه إلی ذمه، کما تقدم القول به فی الضمان، صحت الحواله المذکوره ولم تبرأ ذمه المحیل.

{والقول بالتوقف علی إبرائه} کما عن نهایه الشیخ وأبی علی والقاضی والحلبی والمقداد استناداً إلی روایه تأتی، {ضعیف و} ذلک لأن {الخبر الدال علی تقیید عدم الرجوع علی المحیل بالإبراء من المحتال} لا یمکن العمل به بظاهره، وذلک لابتلائه بالمعارض الأقوی.

۱- المستدرک: ج۲ ص۶۰۳ الباب ۱ من أبواب العیوب والتدلیس ح۶

المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضاً

فقد روى زراره فى الصحيح، عن أحدهما (عليهما السلام)، فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك، فقال (عليه السلام): «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع إلى الذى أحاله»((١)).

ويؤيده خبران آخران نقلهما المستدرك عن الدعائم((٢)).

فقد روى عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه قال: فى رجل كانت له على رجل دراهم فأحاله بها على رجل آخر، فقال: «إن كان حين أحاله أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يأخذ أيهما شاء إذا تكفل له المحال عليه».

وعنه (عليه السلام) أنه قال: «إذا كان لرجل على رجل دين وكفل له به رجلان، فله أن يأخذ أيهما شاء، فإن أحاله أحدهما لم يكن له أن يرجع على الثانى إذا أبرأه»((٣)).

و{المراد منه القبول لا اعتبارها} أى الإبراء {بعده} بعد القبول {أيضاً} وإنما نحمله على هذا المحمل لأنه بظاهره معارض بأخبار عمل بها المشهور، فاللازم تأويل تلك الصحيحه بما لا ينافى الروايات المذكوره، وهناك محامل أخر

١- الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح٢

٢- المستدرك: ج٢ ص٢٩٨ الباب٨١ من أبواب الضمان ح٢

٣- المستدرك: ج٢ ص٢٩٨ الباب٨١ من أبواب الضمان ح٢

يأتى ذكر جمله منها.

فقد روى الكلينى، عن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه، قال: «لا يرجع أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»((1)).

وروى الشيخ عن زراره مثله.

وبإسناده عن أبى أيوب الخزاز، أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) وذكر مثله.

وعن عقبه بن جعفر، عن أبى الحسن (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى أيرجع إلى صاحبه إذا احتال ورضى، قال (عليه السلام): «لا»((2)).

فإن هذه الروايات لا جمع عرفى بينها وبين الصحيحه السابقه، ولذا قال فى المستمسك: حمل هذه النصوص على صوره الإبراء فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد بعيد، فإن الاستثناء دليل على كون المتكلم فى مقام الحصر، ولا سيما وأن اعتبار الإبراء بعيد عن المرتكزات العرفيه جداً، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صوره الإفلاس، انتهى.

ثم إنهم حملوا الصحيحه على محامل، أشهرها ما تقدم من المصنف، وقيل بحملها على ما إذا شرط المحيل البراءه حتى وإن ظهر إفلاس المحال عليه

١- الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح١، الفقيه: ج٢ ص١١ ٣١

٢- الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١١ من أبواب الضمان ح٣، الفقيه: ج٢ ص٦٦

وتشتغل ذمه المحال عليه للمحتال، فينتقل الدين إلى ذمته وتبرأ ذمه المحال عليه للمحيل إن كانت الحواله بالمثل بقدر المال المحال به

فإنه يبرأ بذلك وإن ظهر الإفلاس أن يقبل المحتال الشرط ويقول: برئت مما لى عليك.

وقيل بحملها على ما إذا ظهر بعد التحويل إعسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل، فإنه لا حق له فى الرجوع بعد ذلك.

قال فى الجواهر: بل رد هذا القول مضافاً إلى ما ذكرنا، بالإجماع بقسميه على اقتضاء الحواله نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، ثم ناقش فى الإجماع.

ومما تقدم ظهر أنه يلزم أنه يؤول قوله (عليه السلام) فى روايه الدعائم: «فله أن يأخذ أيهما شاء»، إما على إراده الانضمام مع القول بصحه ذلك، وإما على إراده أنه إن قبل رجع إلى المحال عليه، وإن لم يقبل رجع إلى المحيل.

لكن فى المسالك قال: إن بعض العامه جعل الحواله كالضمان بمعنى الضم، وفساده ظاهر.

{وتشتغل ذمه المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته} نصاً وإجماعاً على ما عرفت {وتبرؤ ذمه المحال عليه للمحيل} فيما كان المحال عليه مديوناً للمحيل {إن كانت الحواله بالمثل بقدر المال المحال به} فإذا كان طلب المحيل مائه وحول إليه مائه برأت ذمه المحال عليه، وإن حول عليه تسعين برأت من التسعين، وإن حول عليه مائه وعشره برأت من المائه وكان بالنسبه إلى العشره من الحواله على البرىء.

ولا فرق فى أن يأخذ المحال عين ما أحيل أو غيره برضايه المحال عليه، وإن لم يرض المحيل بالتبديل، لأن الأمر خرج عن يده.

وتشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

وقد روى الشيخ، عن داود بن سرحان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له على رجل دنانير فأحال عليه رجلاً بدنانير أياخذ بها دراهم، قال (عليه السلام): «نعم»((١)).

ورواه الصدوق بإسناده عن البزنطى كما فى الوسائل((٢)).

{وتشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء} وقبل المحال عليه، بلا إشكال ولا خلاف، إذا لم يقصد المحيل التبرع وقبل المحال عليه وإلا لم تشتغل ذمته، لأنه لا دليل اليد ولا الاستهلاك يشمل المقام كما هو واضح.

{أو كانت بغير المثل} ولم يقصد المبادله بين ما عليه وبين ما حوله على المحال عليه، وإلا فإذا قصد المحيل المبادله وقبله المحال عليه لم يكن وجه لاشتغال ذمه المحيل، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى مسأله تبديل الدين عند المحتال، أو عند المحال عليه.

نعم إذا كانت الحواله بغير المثل بدون التبديل عند المحال عليه، اشتغلت ذمه المحيل للمحال عليه بمثل ما أحال عليه.

{ويتحاسبان بعد ذلك} فإذا طلب من المحال عليه عشره دنانير وحول عليه تسعين درهماً، وتحاسبا بقى من طلبه عليه دينار إذا كان كل دينار عشره دراهم مثلاً، وقد تقدم مسأله التحاسب.

١- الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان ح١، التهذيب: ج٢ ص٦٦

٢- الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان، ذيل الحديث السابق

ثم إن بعض المعلقين أشكل على المتن بقوله: اشتغال ذمه المحيل فى الحواله على البرىء بمجرد الحواله محل منع، والمحقق اشتغال ذمته بعد أداء المحال عليه كما فى الضمان، وقد مر أنه مطابق للقواعد، وأما الحواله على المشغول بغير الجنس، فقد مر منه (قدس سره) أنه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته له، انتهى.

ويرد عليه:

أولاً: إن الحواله توجب اشتغال ذمه المحال عليه إذا رضى فى البرىء، فصار المحال عليه مديوناً، وفى قبال صيرورته مديوناً يكون المحيل مديوناً له فلا شأن للوفاء فى اشتغال ذمه المحيل، وهذا هو مقتضى إطلاق النص والفتوى، حيث قال (عليه السلام): «لا» فى جواب (أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضى) كما فى روايه عقبه المتقدمه((1))، والتنظير بالضمان غير ظاهر الوجه، حيث هناك دليل خاص غير موجود مثله هنا.

وثانياً: قد مر الإشكال على المصنف فى جعله الحواله على المشغول بغير الجنس وفاءً فراجع، وسيأتى فى المسأله العاشره بعض الكلام فى ذلك، ولذا سكت على المتن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۹ الباب ۱۱ من أبواب الضمان ح۴

مسأله ۳ لا يجب قبول الحواله

(مسأله ۳): لا يجب على المحتال قبول الحواله وإن كانت على ملىء.

(مسأله ۳): {لا ـ يجب على المحتال قبول الحواله} بلا ـ إشكال ولا ـ خلاف، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنيه والتذكره وغيرها إجماع المسلمين عليه إلا من شذ، ويدل عليه أنه خلاف سلطنه المحتال على نفسه وماله.

كما أنه لا يجب على المحيل قبوله الإحاله إذا طلب منه الدائن له، لأن وجوب القبول خلاف سلطنته.

نعم للحاكم الشرعى ــ باعتبار أنه الممتنع ــ جبر المحيل على الحواله إن انحصر وفاء دين المحتال على ذلك، وإن لم يقبل أحاله الحاكم بنفسه.

{وإن كانت} الحواله {على ملىء}، وينقل عن داود الظاهرى وجوب القبول حينئذ للنبوى: «إذا أحيل على الملى فليحتل».

وفيه: إن ضعف السند واحتمال إراده القبول استحباباً، مما يؤيده النص والإجماع على العدم، مانع عن العمل به.

مسأله ۴ الحواله لازمه

(مسأله ۴): الحواله لازمه، فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كل من الثلاثه، نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز

(مسأله ۴): {الحواله لازمه، فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كل من الثلاثه} المحيل والمحتال والمحال عليه، وهذا هو الذى ذكره غير واحد، بل ادعى المختلف وغيره الإجماع عليه.

قال فى الجواهر: إن الحواله من العقود اللازمه، مضافاً إلى النصوص السابقه، خصوصاً خبر عقبه منها، بل عن الخلاف إنه المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، فما عن أبى حنيفه من أن له الرجوع إذا جحده المحال عليه أو مات مفلساً، وعن عمرو أبى يوسف ومحمد بن الحسن: إذا أفلس وحجر عليه الحاكم، واضح الفساد، ثم استند إلى النص والإجماع وأصل اللزوم.

ونقل عن سلار جواز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمه القبول بدونه، قال: وهو شاذ نادر واضح الضعف، ومعنى عدم جواز الفسخ عدم صحته، وعدم جواز ترتيب أثر الفسخ إذا فسخ، فإذا فسخ لم يجز له أخذ الدين من المحيل، كما أنه إذا أخذه منه كان اللازم على المحال عليه _ إذا لم يكن بريئاً _ أن يرد المال على المحيل، لأن الحواله قد بطلت، مثل ما إذا لم يسلم أحد المتعاملين المال إلى الآخر، أما إذا كان بريئاً فلا شىء لأحد من المحال عليه والمحيل على الآخر.

{نعم لو كانت} الحواله {على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز} له

له الفسخ والرجوع على المحيل

البقاء لأنه حقه فى البقاء، كما يجوز {له الفسخ والرجوع على المحيل} بلا إشكال ولا خلاف.

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، كما عن الغنيه الاعتراف به، بل فى محكى التذكره نسبته إلى علمائنا، والسرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

أقول: يدل عليه بالإضافه إلى دليل «لا ضرر» بالتقريب الذى ذكروه فى خيار الغبن، روايتا أبى أيوب ومنصور المتقدمتان فى المسأله الثانيه.

ثم إن مرادهم بالرجوع على المحيل أعم من تركته بعد موته، فإذا علم المحتال بالإعسار، وقد مات المحيل رجع إلى تركته وهو مقدم على الإرث، قال سبحانه:(مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِها أو دَيْنٍ)((1))، وهل للمحتال أن يرجع فى بعض الحواله دون بعض الظاهر ذلك، لأن المعاملات قابله للتبعيض، وهى تعقد غالباً كمعاملات متعدده، ولذا قالوا به فى مسأله تبعض الصفقه.

نعم لكل من المحيل والمحال عليه _ إذا اشترط رضاه _ أن يفسخ الحواله حينئذ، لتبعض الصفقه عليه.

ثم إن المحتال إذا علم بإعسار المحال عليه ورجع إلى المحيل بطلت

۱- النساء: الآيه ۱۱

والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين

الحواله، كما هو المستفاد من النص والفتوى، فليس له أن يرجع إلى المحال عليه بعد الرجوع.

نعم لو شك فى أنه هل رجع أم لا، كما إذا نوى فى نفسه الرجوع من غير مظهر له، كان الأصل بقاء الحواله.

{والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين} وإذا تحقق الإعسار أو الفلس كما فى الروايات، وكان مع ذلك المحال عليه باذلاً ـ بأن يبيع داره مثلاً، أو يطلب من غيره إعطاءه تبرعاً على المعسر لا ديناً مثلاً، فهل له الفسخ والرجوع إلى المحيل، احتمالان، من إطلاق النص وكلماتهم، ومن أنه لا ضرر على المحال حينئذ، والأدله منصرفه إلى صوره عدم البذل، لكن يأتى عدم فائده الغنى بعد العسر.

وكيف كان، فقد اختلف عباراتهم فى هذا الشرط، قال العلامه فى القواعد: وعلم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم.

وقال فى موضع آخر: ولو ظهر له فقره حاله الحواله تخير فى الفسخ.

وقال فى مفتاح الكرامه: فلو كان معسراً واحتال عليه مع جهله بإعساره كان له فسخ الحواله، سواء شرط اليسار أو أطلق، عند علمائنا، كما فى التذكره. ونسب فى السرائر إلى أصحابنا اعتبار الملائه وقت الحواله، أو علم المحتال بإعساره.

وفى الخلاف: الإجماع على الأول.

وفى الغنيه: نفى الخلاف عنه.

نعم فى الشرائع عبر بلفظ الفقر، قال: ولو قبل الحواله جاهلاً بحاله ثم بان فقره وقت الحواله، كان له الفسخ والعود إلى المحيل، وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

والظاهر أن كلا الطرفين أرادا شيئاً واحداً، والذى يفهم من الروايات ولو بمعونه القرينه الخارجيه أن المعيار الوفاء وعدمه، فلو كان مفلساً ويفى لم يكن له الرجوع، وإن كان مفلساً بحيث لا يفى أو معسراً بدون التفليس ولا يفى كان له الرجوع، فليس المعيار الفلس والعسر والفقر، أما إذا كان ملياً ولا يفى لا حق له للزوم العقد وإجبار الحاكم له.

ومنه يعلم عدم كون المناط الزياده على مستثنيات الدين وعدمها، وعليه فإذا كان فقيراً شرعاً، أى لا يملك قوت سنته قوه أو فعلاً، ويملك زائداً على مستثنيات الدين، كان للمحتال الفسخ إذا لم يستعد لدفع الحواله، إذ لا يحق للمحتال جبره، حيث إن زائده لا يجبر على أخذه منه، إذ لا يحق للحاكم الجبر إلا فى الزائد عن مؤنه السنه، وإنما ليس للحاكم الجبر لأنه إذا لم يملك قوت السنه قوةً وفعلاً صدق عليه ذو عسره، فشمله قوله سبحانه:(فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ)، وعليه لم يملك الحاكم جبره.

فتحصل: إن المحتال ليس له حق الفسخ فى صوره ملاءه المحال عليه _ إلا إذا كان البقاء ضرراً حيث يماطل فله حق الفسخ بدليل لا ضرر على ما استدلوا به فى خيار الغبن _ وفى صوره استعداد المحال عليه الدفع ولو كان مفلساً، بأن يدفع بعد طلبه من متبرع دفعه، إذ

وهو المراد من الفقر فی کلام بعضهم، ولا یعتبر فیه کونه محجوراً، والمناط الإعسار والیسار حال الحواله وتمامیتها

الدلیل الدال علی رجوعه، إذا أفلس منصرف عن ذلک.

أما الملیء، فإن أمکن جبره بسبب الحاکم أو التقاص لا یحق له الفسخ، وإلا حق له الفسخ.

ومما تقدم ظهر وجه قول المصنف: {وهو المراد من الفقر فی کلام بعضهم}، حیث قلنا: (والظاهر أن کلا الطرفین...).

{ولا یعتبر فیه کونه محجوراً} إذ لیس المراد بالفلس فی الروایه إلا الموضوع العرفی، کما هو المنصرف منه، وما ذکرناه أولی مما ذکره المستمسک بقوله: لإطلاق النصوص التی أخذ موضوعها المفلس واقعاً فی مقام الثبوت فلا یعتبر أن یکون فی مقام الإثبات.

{والمناط الإعسار والیسار حال الحواله} لقوله (علیه السلام): «إلا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»((۱)).

وفی روایه أخری: «ثم یتغیر حال الصیرفی»((۲)).

فالمعیار فی اللزوم الإعسار بعد تمام الحواله، ولذا قال: {وتمامیتها} فإذا کان قبل الحواله معسراً أو کان حین الحواله معسراً کان له الفسخ، فإنه وإن لم یذکر حال الحواله فی الروایات، بل ظاهر الروایات التدافع فی ما أعسر حال الحواله،

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۵۸ الباب ۱۱ ح۱

۲- المصدر: ص۱۵۹ ح۳

ولا يعتبر الفور فى جواز الفسخ، ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه

حيث إن قوله فى خبر أبى أيوب: (قبل ذلك) يدل على عدم حقه فى الفسخ إذا أفلس حال الحواله، وقوله فى خبر عقبه: (ثم يتغير) يدل على أن التغير بعد الحواله لا يدع مكاناً للفسخ، مما يفهم منه أن التغير حال الحواله يوجب الفسخ، إلا أن المتفاهم عرفاً بعد الجمع بينهما أنه إذا تمت الحواله فى حال اليسار لا حق له فى الفسخ، فالعسر حال الحواله حاله حال العسر قبل الحواله.

ولذا قال فى المستمسك: ظاهر روايه أبى أيوب اعتبار الإفلاس حال الحواله، والتعبير بذلك مبنى على الغالب لندره المقارنه بينهما حدوثاً.

ولو اختلفا فى أنه هل افتقر قبل الحواله أو بعدها، فإن كانت حاله سابقه استصحبت، وإلا فالأصل صحه الحواله لأصاله اللزوم، فالبينه على مدعى الفقر.

{ولا يعتبر الفور فى جواز الفسخ} كما اختاره الجواهر وغيره، واستدل له بإطلاق النص والفتوى، أما احتمال الفور، وقد أفتى به محكى الحواشى، فقد يتمسك له بإطلاق أصاله اللزوم، والخارج منه بالقطع الفور فيبقى الباقى تحت الأصل، وقد استدلوا بمثل ذلك فى خيارات المعاملات، وحيث إن تفصيل الكلام فى المكاسب فلا داعى إلى تكراره هنا.

ومما تقدم ظهر الإشكال فى الاستدلال للفور بأنه المتيقن بعد الشك فى إطلاق النص، لأنه لم يعلم نظره إلى هذه الجهه، بالإضافه إلى أنه لو شك فى الإطلاق كانت أصاله الإطلاق محكمه كما قرر فى محله.

{ومع إمكان الاقتراض} للمحال عليه {والبناء عليه} بما لايكون حوالته موجبه

يسقط الخيار للانصراف على إشكال، وكذا مع وجود المتبرع.

لغرر المحتال {يسقط الخيار للانصراف} أى انصراف ما دل على الخيار له عن هذه الصوره، خلافاً للجواهر حيث قال: نعم الظاهر ثبوت الخيار له، وإن بذل المال بقرض ونحوه، بل ولو تبرع متبرع عنه للإطلاق.

أقول: ولعله الوجه فى قول المصنف: {على إشكال}، إلا أن الأقرب سقوط الخيار، أما ما ذكرناه من التقييد فلأنه مع الغرر لا وجه لسقوط الخيار، وإن أمكن الاقتراض وبنى، والسيد الجمال ذهب إلى رأى الجواهر، بينما الساده الوالد وابن العم والبروجردى سكتوا على المتن.

أما قول المستمسك: من أن العمل بإطلاق دليل الخيار المقتضى للتراضى متعين، وأما دعوى الانصراف فممنوعه، ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجباً لثبوته بتجدد الإعسار وهو خلاف النص، فمنشأ الانصراف مخالف للنص، انتهى.

فيرد عليه: إذا سلم الانصراف هنا لم يكن وجه لقياسه بمسأله أخرى، بجعل الجميع من باب واحد مع وجود الفارق بين هذه المسأله ومسأله تجدد اليسار أو الإعسار.

{وكذا مع وجود المتبرع} لكون الاقتراض والتبرع من باب واحد، فالكلام فى أحدهما بعينه هو الكلام فى الآخر.

ثم إن الفقهاء فرضوا المسأله فى ما إذا علم بسبق وتجدد اليسار، قال فى القواعد: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر إشكال.

قال فی مفتاح الکرامه: ینشأ هذا الإشکال من زوال الضرر، ومن ثبوت الرجوع قبله فیستصحب، وهذا هو الأظهر من إطلاق النص والفتوی، ثم نقله عن جامع المقاصد والمسالک والروضه والکفایه والریاض.

وعلله فی الجواهر بتحقق المقتضی له فیستصحب، ولیست العله الإعسار ما دام لیزول بزواله، ودعوی کون المنشأ فی ذلک الضرر بحیث یزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد علی خلافها متحقق.

أقول: مقتضی القاعده ما ذکروه للإطلاق، ولا دلیل علی أن الضرر عله، بل الغالب أن تکون العلل المذکوره فی الأدله حِکَماً، وإلا فالأحکام جاریه من باب ضرب القاعده وإن لم توجد تلک العلل، وإنما لم یأخذ بالإطلاق فی فرض المصنف للانصراف.

أما کلام الفخر حیث بنی ذلک علی کون علل الشرع معرفات أو عللاً حقیقیه، وعلی الثانی: هل الباقی مستغن عن المؤثر أو محتاج، فعلی الأولین یثبت الخیار، وعلی الثانی من الثانی یزول.

فلا یخفی ما فیه، إذ هو خلط بین الأدله اللفظیه التی هی المعیار، والاستحسانات العقلیه، مع أن مبنی الفقه الأول فقط، ولذا أشکل علیه المستمسک وغیره، وإن قال فی مفتاح الکرامه: إنه تحقیق قوی، وقال فی الجواهر: إنه لا بأس به.

وعلیه فمع تجدد الیسار یبقی الخیار، ومع تجدد الإعسار یبقی اللزوم، ولو اختلفا فقال المحتال: لی الخیار لتجدد الیسار، وأنکره المحال علیه، کان القول قوله لأصاله اللزوم.

مسأله ۵ الحواله علی البریء

(مسأله ۵): الأقوی جواز الحواله علی البریء

(مسأله ۵): {الأقوی جواز الحواله علی البریء} کما هو المشهور شهره عظیمه، وعن السرائر الإجماع علیه.

قال فی الجواهر: وهو الحجه بعد إطلاق النصوص السابقه، وعموم (أوفوا بالعقود) والسیره علی فعلها بحیث یعلم شرعیتها.

أقول: بل ویدل علیه العقل أیضاً، حیث إنه عمل عقلائی لا مانع منه.

وعلیه فالأدله الأربعه تقتضی ذلک، والمراد بإطلاق النصوص ما تقدم من أخبار أبی أیوب ومنصور وعقبه، واحتمال أن لا إطلاق لها لأنها فی مقام بیان حکم آخر خلاف المستفاد منها عرفاً، فهنا دلیلان من النص، دلیل عام مثل:(أَوْفُوا)((۱))، ودلیل خاص مثل الروایات، وقد سبق أن(أَوْفُوا) لا یدل علی أنه عقد مّا، بل ما یسمی فی العرف بشیء یشمله:(أَوْفُوا) بنفس ذلک العنوان.

هذا ومع ذلک فالمنقول عن الشیخ فی آخر الباب من المبسوط، والقاضی وابن حمزه عدم صحه الحواله علی البریء، وکأنه لأصاله عدم ترتب الأثر، وفیه: إنه لا مجال للأصل بعد الأدله المذکوره.

أما ما فی جامع المقاصد من أن مبنی القولین علی الخلاف فی أن الحواله اعتیاض أو استیفاء، فعلی الأول لا تجوز، وعلی الثانی تجوز، وهو المحکی عن الشهیدین فی الحواشی والمسالک.

۱- المائده: الآیه ۱

ولا يكون داخلا فى الضمان.

ففيه: ما ذكره مفتاح الكرامه والجواهر وتبعهما المستمسك، من أنها أصل برأسه وإن لحقها حكم الوفاء فى بعض الأحوال والاعتياض فى بعض آخر، فهى مثل الصلح حيث إن لحوق أحكام متعدده به لا يجعلها من تلك العناوين ذات الأحكام المذكوره.

ولذا قال الشيخ فى محكى الخلاف: إن الذى يقتضيه مذهبنا أن نقول إنها عقد قائم بنفسه، انتهى.

ويؤيد عدم كونها أحدها أن المفهوم من الحواله شىء، بينما المفهوم من الوفاء والاعتياض شىء آخر، أما ما تقدم من المصنف من أنها وفاء كما سبق فى الشرط السادس، فقد تقدم أنه من باب التوسعه فى التعبير.

ثم إنه قد سبق أن الحواله على المديون قد ينخرط فى ضمن الحواله على البرىء، باعتبار أن المحيل لا يريد حواله المحتال على ما يطلب، بل على غير ما يطلب، ولعل مرادهم هنا الأعم من القسمين عند ذكرهم البرىء.

{ولا يكون داخلاً فى الضمان} لما عرفت من تعدد المفهوم، وإن جعلها جماعه كالشرائع والقواعد أشبه بالضمان، بل عن الكاشانى الأظهر أنها ضمان، والظاهر أنهم لاحظوا أن الحواله خاصه الضمان فى انتقال الدين إلى ذمه المحال عليه كانتقاله إلى ذمه الضامن البرىء.

لكن فيه: ما ذكره الجواهر من عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحواله التى

هی حینئذ بمعنی الوفاء بإثبات مثل ذلک فی ذمه البریء أو الاعتیاض عنه بذلک، وهو معنی غیر معنی الضمان، إلی آخره.

وکیف کان، فاشتراکهما فی بعض الآثار لا یجعلهما شیئاً واحداً، ولعل الفاضلین عبرا بالأشبه لهذا السبب.

ص:۳۰۴

مسأله ۶ جواز اشتراط خیار الفسخ

(مسأله ۶): یجوز اشتراط خیار الفسخ لکل من الثلاثه.

(مسأله ۶): {یجوز اشتراط خیار الفسخ لکل من الثلاثه} أحدهم، أو اثنان منهم، أو ثلاثتهم، کما ألمع إلی ذلک الجواهر، وقرره کافه المعلقین، وفی المستمسک: بلا إشکال ظاهر عملاً بعموم نفوذ الشرط وصحتها.

ومنه یعلم صحه جعل أحدهم الخیار لأجنبی، کما إذا قال: إنی أقبل الحواله لکن لأبی الحق فی فسخها، کما ذکروا مثله فی باب المؤامره.

وفی المقام سائر ما ذکروه فی باب الخیار من کونه مطلقاً أو ذا مده، إلی غیر ذلک.

ص:۳۰۵

مسأله ۷ جواز الدور والترامی

(مسأله ۷): یجوز الدور فی الحواله، وکذا یجوز الترامی بتعدد المحال علیه واتحاد المحتال

(مسأله ۷): {یجوز الدور فی الحواله} بأن یحیل المحال علیه فی بعض مراتب الحواله علی المحیل الأول، أو غیر الأول، فیرجع المحتال أولاً أو وسطاً بعد ذلک علیه، وقد ذکر الدور فی الحواله العلامه وغیره، بل فی الجواهر لم نجد خلافاً هنا، وإن سمعته فی الضمان.

أقول: ویدل علیه بالإضافه إلی دلیل الحواله عموماً أو مناطاً، إطلاقات أدله العقود بالتقریب الذی ذکرناه غیر مره من أنها تقتضی جریان الأحکام الخاصه بالعقد المذکور عرفاً، لا أنه عقد جدید، وقد تقدم الإشکال والجواب فی باب الضمان عن الضمان الدوری فراجع.

ولذا الذی ذکرناه من عدم الإشکال فی الدور سکت علی المتن کافه المعلقین، وأیده المستمسک وغیره.

{وکذا یجوز الترامی} کما ذکره الشیخ والفاضلان والشهیدان وغیرهم، بل الظاهر أنه لا إشکال فیه عندهم، ولذا أرسلوه أرسال المسلّمات.

والترامی علی قسمین: فهو إما {بتعدد المحال علیه واتحاد المحتال} کأن یحیل زید عمرواً علی محمد، ویحیله محمد علی علی، وهکذا، فیکون المحتال واحداً والمحیل متعدداً، ویدل علیه دلیل الحواله والإطلاقات، کما تقدم مثله فی الدور.

أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه.

{أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه} كأن يحيل زيد عمرواً على محمد، ويحيل عمرو المحتال علياً على محمد، ويحيل على الحسن على محمد وهكذا، فإن المحتال تعدد وإن اتحد المحال عليه، والدليل عليه ما تقدم.

ثم إن التعدد فى المحتال والمحال عليه، قد يكون بالنسبه إلى كل مال الحواله، وقد يكون بالنسبه إلى بعضه، كما إذا أحال المحال عليه ببعض مال الحواله ودفع هو البعض الآخر، وكذا بالنسبه إلى تعدد المحتال، وذلك لإطلاق الأدله.

ص:٣٠٧

مسأله ۸ لو تبرع الأجنبی بإعطاء الدین

(مسأله ۸): لو تبرع أجنبی عن المحال علیه برأت ذمته، وکذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وکذا لو تبرع المحیل عنه.

(مسأله ۸): {لو تبرع أجنبی عن المحال علیه برأت ذمته} إذا أخذه المحتال، وذلک لا إشکال فیه ولا خلاف علی ما وجدت من کلماتهم.

قال فی المستمسک: ضروره جواز التبرع عن الغیر فی وفاء دینه، وعدم اعتبار المباشره فیه عرفاً، ویقتضیه جواز وفاء الوارث دین المورث، وما دل علی وفاء دین الفقیر من الزکاه، وما ورد فی وفاء الولد دین والده وأنه یکتب بذلک باراً.

أقول: وما ورد من وفاء المشتری دین البائع من باب الزکاه التی علی البائع، وما ورد من قبول الإمام السجاد (علیه السلام) دین أسامه، وغیر ذلک من الموارد المتعدده، وقد ذکرنا بعضها فی کتاب الضمان.

نعم إذا لم یقبل المحتال أن یأخذه من غیر المحال علیه، حق له ذلک، خصوصاً إذا کانت فیه علیه منه، لتسلط الناس علی أنفسهم، وکذا کل من أراد دفع دین الآخر ولم یقبل المدین ذلک.

{وکذا لوضمن عنه ضامن برضی المحتال} وقد تقدم فی کتاب الضمان وجهه، وکأن قوله: (برضی) راجع إلی کلتا الجملتین، لا الجمله المتأخره فقط.

{وکذا لو تبرع المحیل عنه} لما تقدم من تبرع الأجنبی.

ولو لم یرض

المحال عليه بإعطاء المحيل أو الأجنبى دينه فأعطاه أحدهما وقبله المحتال، كان مثل إبراء المحتال له، حيث إن الإبراء لا يحتاج إلى إجازه المدين، فإن ذمته تبرأ وإن كره، لأن الإبراء إيقاع فلا يحتاج إلى طرف آخر، وقد ألمعنا إلى ذلك فى كتاب الضمان.

قال فى مفتاح الكرامه: وفى جامع المقاصد إن الترامى وقوع الحواله من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغايه مخصوصه، وفى مجمع البرهان: إن الترامى إلى غايه فتأمل، ثم قال: وليعلم أنه يصح ترامى الكفاله دون دورها، لأن حضور المكفول يبطل ما تأخر منها.

مسأله ۹ لو اختلفا

(مسأله ۹): لو أحال فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينه، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه، لأصاله البراءه من شغل ذمته للمحيل

(مسأله ۹): {لو أحال عليه فقبل وأدى، ثم طالب المحيل بما أداه فادعى} المحيل {أنه كان له عليه} أى على المحال عليه {مال} وأنه كان من الحواله على المديون {وأنكر المحال عليه} أنه كان مديوناً، قال: بل كان من الحواله على البرىء، ولذا إنى أطلب من المحيل ما أديته.

{فالقول قوله} أى المحال عليه {مع عدم البينه} للمحيل {فيحلف} المحال عليه {على براءته ويطالب عوض ما أداه} من المحيل، وذلك {لأصاله البراءه من شغل ذمته للمحيل}، إذ قول المحال عليه ببراءه ذمته موافق للأصل، فالبينه على خصمه واليمين عليه، فإذا حلف المحال عليه فهو، وإن لم يحلف يبنى على ثبوت الأمر بمجرد النكول لخصمه، أو الاحتياج إلى حلف المحيل اليمين المردوده، كما فصلناه فى كتاب القضاء.

وبذلك يظهر ضعف قول بعض المعلقين: من أن كون القول قول المحال عليه إنما هو إذا لم يكن المتعارف ـ ولو فى نوعه ـ اشتغال ذمه المحال عليه، وإلا فيقدم قول المحيل لكونه موافقاً للظاهر، انتهى.

إذ الظهور لا حجيه له فى أمثال المرافعات.

أما ما فى الدعائم ـ كما فى كتاب المستدرك باب آداب القاضى ـ عن على

ودعوى أن الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمه المحيل بهذا الأداء مدفوعه بأن الشك فى حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك فى اشتغال ذمه المحال عليه وعدمه

(عليه السلام)، أنه كتب إلى رفاعه لما استقضاه على الأهواز: «واقض بالظاهر، وفوض إلى العالم، ودع عنك الباطن»((1)). فليس المراد الأخذ بالظاهر على خلاف قاعده «البينه على المدعى، واليمين على من أنكر»، وإلا لزم اختصاص القاعده بما لا ظاهر وهو خلاف إطلاقها، وخلاف الموارد الجزئيه الوارده فى الروايات والسيره المستمره، بل المراد الظاهر المدعوم بالدليل، مثل سوق المسلم ويد ذى اليد، وما يقتضيه الإقرار ونحو ذلك، فليس على القاضى أن يحقق، وإن كان كثير من الظواهر المدعومه على خلاف الباطن لو حقق حولها.

{ودعوى أن الأصل أيضاً} فى جانب المحيل فيتساقط الأصلان، إذ هو يقتضى {عدم اشتغال ذمه المحيل بهذا الأداء} فيكون الأمر من باب التداعى، كما هو كذلك فى كل مورد لا أصل فى جانب حتى يتحقق المدعى والمنكر، وفى التداعى يعمل بقاعده العدل من التنصيف أو القرعه.

{مدفوعه بأن} أصل عدم اشتغال ذمه المحيل غير جار، لأن {الشك فى حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك فى اشتغال ذمه المحال عليه وعدمه} فإن ذمه المحيل إنما تشتغل بمثل ما أداه المحال عليه، إذا لم تكن ذمه المحال عليه مشغوله للمحيل، فإذا شك فى أنه هل اشتغلت ذمه المحيل يلزم ملاحظه:

١- المستدرک: ج٢ ص١٩٥ الباب ١ من أبواب آداب القاضى ح١

وبعد جريان أصاله براءه ذمته يرتفع الشك، هذا على المختار من صحه الحواله على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لأن مرجع الخلاف إلى صحه الحواله وعدمها

هل أن ذمه المحال عليه كانت مشغوله أم لا- فإذا جرى الأصل فى أن ذمه المحال عليه لم تكن مشغوله لم يبق مجال لإجراء أصاله عدم اشتغال ذمه المحيل، بل تشتغل ذمه المحيل من جهه أنه بأمره أعطى المحال عليه المال للمحتال، فهو نظير ما إذا اشترى المشترى من البائع، ثم ادعى أنه كان يطلب البائع بمقدار الثمن وأنكر البائع، فإنه لا يقبل قول المشترى بطلبه إلا بالبينه، فإذا لم تكن له بينه كان البائع منكراً ويحلف ويثبت حقه على المشترى، فإن أصاله براءه المشترى لا مجال لها بعد جريان أصاله برائه البائع عن طلب المشترى منه.

وإن شئت قلت: إن مجموع (كون المشترى استوفى المبيع، وأصاله براءه ذمه البائع) يوجب كون الحق مع البائع إلا- إذا أقام المشترى دليلاً- على أنه كان يطلب من البائع، وحيث لا دليل له فالحلف على البائع، وكذا الكلام فى المحيل والمحال عليه فى المقام.

{وبعد جريان أصاله براءه ذمته} ذمه المحال عليه {يرتفع الشك، هذا على المختار من صحه الحواله على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل} بأنه كان يطلب المحال عليه بمقدار ما أداه المحال عليه على المحتال {لأن مرجع الخلاف} بينهما {إلى صحه الحواله} التى يدعيها المحيل، لأنه كان يطلب من المحال عليه، {وعدمها} الذى يدعيه المحال عليه، لأنه يقول: إنه

ومع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه وهو المحيل

كان بريئاً، فلما دفع المال إلى المحال عليه طلب بدله من المحيل.

{ومع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه وهو المحيل} لأصاله صحه العقد فى ما إذا شك فى صحته وبطلانه، وإذا ثبتت صحه العقد لزم ذلك براءه ذمه المحيل، وذلك لأخصيه دليل أصل الصحه من أدله الأصول المقتضيه للفساد، إذ أصل الصحه وضع فى محل أصل الفساد، فإذا لم يقدم أصل الصحه على أصل الفساد كان تشريع أصل الصحه بلا مورد.

وبهذا تبين أن جعل المحقق والشهيد الثانيين التعارض بين أصل الصحه مع أصل براءه ذمه المحال عليه غير ظاهر الوجه، ولذا أشكل عليهما مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما بتقديم أصل الصحه على أصل براءه ذمه المحيل.

وقد سكت على المتن جمله من المعلقين كالسيدين الجمال وابن العم، خلافاً لآخرين، ومنهم السيدان الوالد والبروجردى، حيث أشكلا فى تقديم قول المحيل بناءً على عدم صحه الحواله على البرىء.

وهذا هو الأظهر، لأن المعيار فى المرافعات مصب الدعوى، لا ما يؤول إليه النزاع، على ما ذكرناه فى كتاب القضاء، وألمعنا إليه فى كتاب المضاربه وغيرها مكرراً، فإن النزاع بين المحيل والمحال عليه فى أن المحال عليه هل يطلب المحيل أم لا، المحال عليه يقول: إنى دفعت مالاً بأمرك إلى المحتال، فاللازم عليك إعطاء بدله، سواء كانت الحواله صحيحه، لأنها حواله على المديون، أو باطله لأنها حواله على البرىء، فإن بطلان الحواله على البرىء لا يستلزم عدم مديونيه

ودعوى أن تقديم قول مدعى الصحه إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما فى الحواله المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

المحيل للمحال عليه، فإن من أخذ من غيره مالاً بعقد باطل كان مديوناً للمأخوذ منه.

وكذا إذا كانت الحواله باطله فقد استوفى المحيل مالاً من المحال عليه بسبب المحتال، فاللازم عليه أن يعطى بدله للمحال عليه إلا إذا أثبت أن المحال عليه كان مديوناً له، وحيث لا بينه للمحيل يحلف المحال عليه على براءه ذمته من دين للمحيل ويستوفى المال من المحيل.

وقد أشكل المستمسك على المتن بصوره أخرى قال:

يشكل ما ذكر بأن أصل الصحه وإن اقتضى اشتغال ذمه المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحه لا بلحاظ أثرآخر، فإذا وقع عقد أو إيقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحه يقتضى تحقق البلوغ لم تجز ترتيب آثار البلوغ كليه، بل يختص بصحه العقد المذكور.

وكذلك إذا شك فى الطهاره بعد الفراغ من الصلاه، فإنه لا يترتب على أصاله صحه الصلاه إلا الطهاره من حيث الصلاه الواقعه فلا يجوز له أن يصلى صلاه أخرى بلا طهاره اعتماداً على أصاله صحه الصلاه المثبته للطهاره، فلا تثبت الطهاره بلحاظ سائر آثارها، كما بنى على ذلك المصنف فى مباحث الشك من مباحث الخلل، وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه.

{و} ال_ {دعوى} التى ذكرها فى الجواهر معترضاً على نفسه فى إشكاله على المحقق والشهيد الثانيين فى كلامهما المتقدم من {أن تقديم قول مدعى الصحه} فى صوره تعارض أصلى الصحه وبراءه المحال عليه {إنما هو إذا كان النزاع بنى المتعاقدين، وهما فى الحواله المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه فى صحتها، مدفوعه.

أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحواله مركبه من إيجاب وقبولين.

وثانياً: يكفى اعتبار رضاه فى الصحه فى جعل اعترافه بتحقق المعامله حجه عليه بالحمل على الصحه

فليس طرفاً} للعقد {وإن اعتبر رضاه فى صحتها} على ما تقدم {مدفوعه} بالإضافه إلى أن جريان أصل الصحه لا يختص بطرف العقد، بل يجرى بالإضافه إلى كل من ابتلى بتلك القضيه، وإن لم يكن طرف العقد، فلو اختلف رجل وامرأه فى صحه عقدهما وبنى على الصحه لم يجز لثالث أن يتزوج بتلك المرأه عملاً بأصاله أنها خليه، إذ أصل صحه العقد جار بالنسبه إلى الثالث أيضاً، كما أنه جار بالنسبه إلى نفس الزوجين.

{أولاً: بمنع كونه طرفاً ف_} قد تقدم {أن الحواله مركبه من إيجاب وقبولين} فيقدم قول المحال عليه إذا ادعى الصحه.

{وثانياً: يكفى اعتبار رضاه فى الصحه} فإنه لو لم يرض لم تصح الحواله، وإن لم يكن طرفاً فى المعامله، {فى جعل اعترافه بتحقق المعامله} الحواله {حجه عليه بالحمل على الصحه} فهو إذا قال بأنه أحيل إليه حملت الحواله على الصحيح، ولازم صحه الحواله أنه كان مديوناً، فلا حق له فى الرجوع إلى المحيل.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعده، لا ما أشكل عليه المستمسك قائلاً: لايتوقف العمل بأصل الصحه على اعترافه، بل إذا ثبت وجود الحواله وشك فى صحتها

نعم لو لم يعترف بالحواله بل ادعى أنه أذن له فى أداء دينه، يقدم قوله لأصاله البراءه من شغل ذمته، فبإذنه فى أداء دينه له مطالبه عوضه

لزم ترتيب الأثر عليها، وإن لم يعترف بها أحد المتنازعين، فإن القاضى الشرعى يجرى الأصل المذكور، ويعمل عليه فى تشخيص المدعى والمنكر وترتيب الأحكام، انتهى.

إذ يرد عليه أن مدعى الصحه لو لم يكن طرفاً لم يثبت قوله بالصحه، الصحه المترتبه عليها آثارها، وإن كان رضاه معتبراً، فأب البكر المعتبر رضاه فى العقد إذا اعترف بالعقد، فهل ينفع ذلك بالنسبه إلى الرجل والبنت المنكرين للنكاح.

نعم إن الأب بنفسه حسب اعترافه لا يمكنه إجازه ثانيه بالنسبه إلى عقدها من رجل آخر، لقاعده إقرار العقلاء على أنفسهم، وكذا فى أمثال ذلك، فقوله إذا ثبت وجود الحواله غير تام، إذ من أين ثبت وجود الحواله.

{نعم لو لم يعترف بالحواله، بل ادعى أنه أذن له فى أداء دينه} أو أنه أمره، حيث قد سبق أن الأمر يوجب الضمان لأنه نوع استيفاء، فيشمله: «من أتلف» و«لا يتوى» ونحوهما.

{يقدم قوله} أى المحال عليه، فاللازم أن يوفى المحيل ما أداه إلى المحتال {لأصاله البراءه من شغل ذمته} أى ذمه المحال عليه، إذ الإذن والأمر ليسا حواله حتى تحمل على الصحه، وحيث لا تكون الصحه إلا بكون المحال عليه مديوناً، مما لازمه عدم شغل ذمه المحيل للمحال عليه بوفائه المال إلى المحتال.

{فبإذنه} أو أمره {فى أداء دينه، له مطالبه عوضه} بعد الأداء، لما عرفت من

ولم يتحقق هنا حواله بالنسبه إليه حتى تحمل على الصحه، وإن تحقق بالنسبه إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.

أنه نوع استيفاء {ولم يتحقق هنا} فى الإذن {حواله بالنسبه إليه} إلى المحال عليه {حتى تحمل على الصحه} ويكون لازمه عدم اشتغال ذمه المحيل للمحال عليه.

{وإن تحقق} عقد الحواله {بالنسبه إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها} فأحكام الحواله تترتب عليهما دون المحال عليه المنكر لها، فالمحال عليه هنا حاله حال أب البكر، فإن اعتراف البنت وزوجها بأنهما عقدا عقداً صحيحاً، مع إنكار الأب الإذن إن قلنا بتوقف النكاح على إذنه، لا يوجب حجيه ذلك الاعتراف على الأب، والله سبحانه العالم.

ص:٣١٧

مسأله ۱۰ مطالبه العوض

(مسأله ۱۰): قد یستفاد من عنوان المسأله السابقه حیث قالوا: (لو أحال علیه فقبل وأدی) فجعلوا محل الخلاف ما إذا کان النزاع بعد الأداء، أن حال الحواله حال الضمان فی عدم جواز مطالبه العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبه إلی المحیل والمحتال، لکن ذمه المحیل لا تشتغل للمحال علیه البریء إلا بعد الأداء

(مسأله ۱۰): {قد یستفاد من عنوان المسأله السابقه حیث قالوا: (لو أحال علیه فقبل وأدی) فجعلوا محل الخلاف} فی أن الحق مع المحیل أو المحال علیه {ما إذا کان النزاع بعد الأداء} لقولهم: (أدی)، یستفاد من ذلک {أن حال الحواله حال الضمان فی عدم جواز مطالبه العوض إلّا بعد الأداء} کما تقدم فی کتاب الضمان أن الضامن لا یأخذ البدل من المضمون عنه إلا بعد أن أداه إلی المضمون له.

{فقبله} أی قبل أداء المحال علیه {وإن جعل الوفاء بالنسبه إلی المحیل والمحتال} فإن الحواله أداء من المحیل للمحتال لفراغ ذمه المحیل بمجرد الحواله.

{لکن ذمه المحیل لا تشتغل للمحال علیه البریء إلا بعد الأداء} وإنما قال: (البریء) لأنه إذا کانت ذمه المحال علیه مشغوله بدین المحال، لا یکون المحیل مشغوله ذمته للمحال علیه حتی بعد الأداء.

ثم إن قوله: (قد یستفاد) أراد به قول مثل الشرائع (أدی ثم طالب) وإلا فجامع المقاصد والمسالک ومفتاح الکرامه والجواهر وآخرون، قد صرحوا

والأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجرده فكذا فى حصوله بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له

بذلك، مثلاً قال أولهم: لا يرجع المحال عليه مع براءه ذمته إلا بعد الأداء، لأن الحواله حينئذ فى معنى الضمان، انتهى.

وكذا عباره غيره، وعللوه بما ذكره من مشابهه الحواله بالضمان، لأنها نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه البرىء، وقد ورد الدليل فى باب الضمان بأنه لا تشتغل ذمه المضمون عنه بالمال إلا بعد أداء الضامن، فليكن الحواله الشبيهه به حكمها حكمه من هذه الجهه.

وهذا هو الذى اختاره غالب المعلقين ومنهم السيد الجمال، خلافاً لجماعه حيث سكتوا على المصنف، مما يظهر منهم موافقته، ومنهم السيدان الوالد وابن العم.

{والأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى} ذمه {المحيل بمجرد قبول المحال عليه} البرىء، لأن الكلام فيه كما هو واضح.

{إذ كما يحصل به} أى بسبب عقد الحواله {الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجرده} من دون الوفاء الخارجى، فإن المحيل إذا أحال على البرىء برأت ذمته بمجرد الحواله، لأن الدين ينتقل من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فيما إذا قبل المحال عليه، فيبرأ المحيل من الدين، ولذا إذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل يسقط دينه بمجرد الحواله.

{فكذا فى حصوله} أى الوفاء {بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له} فقد وفى المحال عليه للمحيل بمجرد الحواله، لأن ذمته قد

وحصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً، ومقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه

اشتغلت للمحتال فلا شغل لذمته للمحيل.

{وحصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً} والحاصل: إن أموراً ثلاثه تقع بمجرد الحواله:

الأول: إن المحيل تبرأ ذمته من المحتال.

الثانى: إن المحال عليه تبرأ ذمته من المحيل، إذا كان مديوناً للمحيل.

الثالث: إن المحيل تشتغل ذمته للمحال عليه إذا كان المحال عليه بريئاً.

{ومقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل} ذمه {المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه} لأن الضمان يوجب نقل ذمه المضمون عنه إلى الضامن، فإذا اشتغل الضامن بالدين كان اللازم أن يشتغل المضمون عنه للضامن أيضاً ولو قبل الوفاء من الضامن، إذ الاشتغال على الضامن فى مقابل الاشتغال له، وإلا لزم أن تشتغل ذمه الضامن بدون أن يكون للضامن فى قبال شغل ذمته شىء، وذلك خلاف قاعده المبادله.

{إلا- أن الإجماع} فى الضمان {وخبر الصلح} الذى مر هناك {دلا على التوقف} توقف اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن {على الأداء} من الضامن للدين {فيه} أى فى الضمان، فرفعنا اليد عن القاعده فى باب الضمان كان لأجل

وفى المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسأله

دليل خاص على خلاف القاعده.

{و} لكن {فى المقام} باب الحواله {لا إجماع} على التوقف {ولا خبر} يدلان على أن الشغل بعد الأداء حتى نرفع اليد عن القاعده بسببهما.

{بل لم يتعرضوا لهذه المسأله} أصلاً، فكيف يكون إجماع فى الحواله كما كان إجماع فى الضمان.

أقول: فيه ما عرفت أول المسأله من تعرضهم لها.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى قول جماعه من المعلقين حيث ذكروا أن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلا بعد الأداء إذ به يتحقق استيفاؤه لماله بأمره، وعليه يترتب أن حال الحواله حال الضمان فى بقيه الجهات المذكوره فى المتن مثل الصلح والإبراء والوفاء بالأقل.

أقول: هذا المعلق وغيره استدلوا بأن كون الحواله كالضمان من باب القاعده، لأنهم استدلوا لذلك بقولهم: إذ به، إلخ.

وبعض المعلقين الأخر استدلوا لتساويهما بأن الحواله ضمان، ولذا كان لها حكم الضمان.

قال السيد البروجردى: الظاهر أن حكمها حكم الضمان فى ذلك، إذ هى مع براءه المحال عليه ضمان فى المعنى وإن اختلف اللفظ، وخصوصيه اللفظ لا دخل لها فى نظر العرف، بل الظاهر أن الإبراء والوفاء بالأقل كذلك، انتهى.

وعلى هـذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكـذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

وفيهـا مـا لا يخفى، إذ تخلص المحيل استيفاء لا أداء، والحواله غير الضـمان مفهوماً، ووحـده الحقيقه لا توجب وحـده الأحكام، وإلا فالهبه المعوضه والبيع لهما وحده الحقيقه وهكذا.

{وعلى هـذا} الذى ذكرناه من أن براءه ذمه المحيل عن المحال بمجرد الحواله توجب اشـتغال ذمته للمحال عليه بمجردها أيضـاً {فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء} بمجرد الحواله.

{بـل وكـذا} له الرجوع {لو أبرأه المحتـال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل} أو نحو ذلك مما يسـبب عـدم إعطائه له، أو إعطائه الأقل، كما إذا صار المحتال كافراً حربياً، حيث هدر ماله فلم يؤد المحال عليه له شيئاً.

{فله} للمحـال عليه {عوض مـا أحـاله} المحيـل {عليه بتمامه مطلقاً} دفع الكل أو البعض، أو لم يـدفع شـيئاً {إذا كان} المحال عليه {بريئاً}.

وما ذكره الماتن هو الذى أيده المسـتمسك، حيث نقل إشـكال بعض الأعاظم على المتن بأن استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالأداء لا بمجرد الاشـتغال، فقال: ليس الأمر كذلك لأن الأداء إنما يكون لمصلحه المحال عليه لا لمصلحه المحيل، فإن مصلحه المحيل حصلت بمجرد الحواله بما كان فراغ ذمته وصلاح حاله، والأداء له دخل فى فراع ذمه المحال عليه ولا يرتبط بالمحيل

حتى يكون له استيفاء بالمحيل، إلى آخر كلامه.

ومما تقدم ظهر عدم الفرق فى مآل الأمر بين الحواله على البرىء والحواله على المشغول الذمه، ففى كلتيهما ينتقل الأمر من المحيل إلى المحال عليه، فإن كان مديوناً للمحيل برأت ذمته منه، وإن كان بريئاً اشتغلت ذمه المحيل له، من غير فرق بين أن يدفع المحال عليه للمحتال كل الدين أو صالحه أو أبرأه المحتال.

ص:٣٢٣

مسأله ۱۱ ۱۲ ۱۳ ثلاث مسائل

(مسأله ۱۱): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته فی ذمته، والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غايه ما يكون كونه متزلزلاً ـ فيكون كالحواله على المشترى بالثمن فی زمان الخيار، واحتمال عدم اشتغال ذمه العبد لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفياً كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحواله يتحرر، لحصول وفاء مال الكتابه بالحواله ولولم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه، وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأن الحواله ليست فی حكم الأداء، بل فی حكم التوكيل، وعلى هذا إذا اعتقه المولى صح وبطلت الكتابه ولم يسقط عن المكاتب مال الحواله لأنه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحواله، فيه نظر من وجوه.

وكأن دعواه أن الحواله ليست فی حكم الأداء إنما هی بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شغل ذمه المحيل للمحال عليه على الأداء، كما فی الضمان، فهی وإن كان كالأداء بالنسبه إلى المحيل والمحتال، فبمجردها يحصل الوفاء وتبرأ ذمه المحيل، لكن بالنسبه إلى المحال عليه والمحيل

ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين فى كون الحواله كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

(مسأله ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمنها صح، لأن حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيده وغيره، وما عن الشيخ من المنع ضعيف.

(مسأله ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبى فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح، فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجباً لانعناقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

مسأله ۱۴ لو اختلفا فی أنها حواله أو وکاله

(مسأله ۱۴): لو اختلفا فی أن الواقع منهما کانت حواله أو وکاله، فمع عدم البینه یقدم قول منکر الحواله، سواء کان هو المحیل أو المحتال، وسواء کان ذلک قبل القبض من المحال علیه أو بعده

(مسأله ۱۴): {لو اختلفا} المحیل والمحتال {فی أن الواقع منهما کانت حواله أو وکاله} فقال المحیل: کانت وکاله، فاللازم علیک أن تدفع المال إلیّ، وقال المحتال: بل حواله فالمال صار لی. أو قال المحیل: کانت حواله فلا حق لک أیها المحتال علی، لأن ما فی ذمتی نقلت إلی ذمه المحال علیه، وقال المحتال: بل کانت وکاله، فالمال کان لک، فمثلاً إذا تلف فی یدی ذهب من کیسک لأنی أمین، وقد بقی طلبی علیک. إلی غیر ذلک من وجوه نفع مدعی الوکاله أو مدعی الحواله.

{فمع عدم البینه یقدم قول منکر الحواله} کما عن المبسوط والتذکره والتحریر علی ما نقل عنهم مفتاح الکرامه، ونسب إلی أولهم أنه لا خلاف فیه، وعلله بأن الأصل عدم الحواله، واستمرار حق القابض علی المدیون فی مفروض القواعد، حیث قال: ولو لم یتفقا علی جریان اللفظ، بل قال المستحق: أحلتنی، وقال المدیون: وکلتک فی استیفاء دینی، صدّق المدیون.

{سواء کان هو المحیل أو المحتال، وسواء کان ذلک قبل القبض من المحال علیه أو بعده} أشار بذلک إلی جماعه منهم، حیث فرقوا قبل القبض وبعده.

هذا، ولکن الأقرب أن المسأله من التداعی، لأن کل واحد منهما یدعی خلاف

وذلـك لأصـاله بقـاء اشـتغال ذمه المحيـل للمحتـال وبقـاء اشـتغال ذمه المحال عليه للمحيل وأصاله عـدم ملكيه المال المحال به للمحتال

مـا يـدعيه الآـخر، وقـد ذكرنـا فى كتاب القضاء وغيره أن المعيار فى كون الشـخص مـدعياً أو منكراً مصب الـدعوى، لا الغرض المقصود من التـداعى، لأن المصب هو المنصـرف من «البينه على المـدعى، واليمين على من أنكر»، وهو الـذى جرت عليه سيره القضـاه، فـإذا تنازع رجل وامرأه فى أنهما زوجان أو لا، وكان غرض المرأه المـدعيه للزواج تحصـيل النفقه فقط، وغرض الرجل المنكر عدم إعطائها لم يلاحظ القاضى الغرض المقصود، بل لاحظ المصب، وكذا فى سائر أمثاله.

وعليـه فالمقـام مـن التـداعى، مـن غير فرق بيـن أن يكـون الخلاـف بيـن المحيـل والمحـال عليـه كمـا فى المتن، أو بين المحيل والمحتـال، أو بين المحتال والمحال عليه، مثلاً يـدعى المحال عليه أنك كنت وكيلاً وعزلت بموت الموكل، ويقول المحتال: بل كنت محالاً ـ عليـك وأطلب منـك الآـن وإن مـات المحيل، إلى غير ذلك من الفوائـد فى صوره ادعاء المحتال الحواله والمحال عليه الوكاله أو صوره عكسها.

{و} منه يعلم أن قول المصنف بتقديم منكر الحواله لأن {ذلك لأصاله بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و} أصاله {بقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، وأصاله عـدم ملكيه المال المحال به للمحتال} محل منع، ودعوى المبسوط عدم الخلاف بالإضافه إلى أنه ليس بإجماع، يرد عليه ظهور الاستناد إلى القاعده المذكوره فى ميزان المدعى والمنكر، لأن غير واحد استدلوا لتقديم مدعى

ودعوى

الوكاله بذلك، وقد عرفت الإشكال فى الميزان المذكور، فلم يصح الاستناد إلى عدم الخلاف.

ثم إن غالب المعلقين، ومنهم الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى ذهبوا إلى ما فى المتن وسكتوا عليه، إلا أن بعضهم ذكر بعض التفاصيل فى المسأله، والمستمسك حيث يجعل المعيار فى المدعى والمنكر الغرض المقصود لا مصب الدعوى، ذهب إلى ما ذكره المصنف، وبعضهم أشكل على عدم فرق المصنف بين قبل القبض وبعده بما لفظه:

لا إشكال فى جريان الأصول المذكوره قبل القبض، وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، لأنه على فرض الحواله تبرأ ذمته بمجردها، وعلى فرض الوكاله تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنها، وكذلك ذمه المحيل فى الحواله تبرأ بمجردها، وفى الوكاله بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضاً عن دين المحيل. نعم لو كانت الدعوى الوكاله فى أخذ المحال بوكاله المحيل والبقاء عنده أمانه فيصح استصحاب اشتغال ذمه المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه، انتهى.

{و} الـ {دعوى} التى ذكرها فى الجواهر وجهاً لتردد الشرائع، حيث قال المحقق: إذا قال أحلتك عليه فقبض، وقال المحيل قصدت الوكاله، وقال

أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحال، فيكون المنكر للحواله مدعياً، فيكون القول قول المحتال فى هذه الصوره، مدفوعه بأن مثل هذه اليد لا يكون أماره على ملكيه ذيها، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى أنه دفعه أمانه

المحتال إنما أحلتنى بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بنيته، وفيه تردد.

أما لو لم يقبض إلى آخر كلامه مما يدل على أن كلامه السابق كان بعد القبض، {أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحتال، فيكون المحيل المنكر للحواله مدعياً، فيكون القول قول المحتال فى هذه الصوره} التى كانت الدعوى بعد القبض، وعليه فإذا قبض البعض كان لكل بعض حكمه، وإن أورث التفكيك بين المتلازمين، لأنه غير عزيز بمقتضى الأدله.

{مدفوعه بأن مثل هذه اليد لا تكون أماره على ملكيه ذيها} وذلك لأن النزاع فى سبب هذه اليد، وما دام يكون النزاع هناك لا تحكم اليد لوجود الحاكم على اليد السابق عليها، ولذا اشتهر بينهم أن ذا اليد إذا ادعى الملكيه عن سبب معين كان مدعياً، لأنه كما فى المستمسك: اليد إنما تدل على المليكه فى الجمله، ولا تدل على السبب المدعى، فالمدعى له تخالف دعواه الأصل، انتهى.

والسبب أن أدله حجيه اليد لا تشمل مثل ذلك.

{فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى} الدافع {أنه دفعه أمانه

وقال الآخر دفعتنى هبه أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذى اليد، هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً فى الحواله أو فى الوكاله فهو المتبع

وقال الآخر} القابض {دفعتنى هبه أو قرضاً} أو إعراضاً عن ماله أو ما أشبه ذلك {فإنه لا يقدم قول ذى اليد} باعتبار كونه ذا يد، بل اللازم التحالف، كما نراه من كون المعيار فى المنازعات مصب النزاع، لا ملاحظه الغرض وجعل النزاع من باب المدعى والمنكر، على ما اختاره بعضهم كما تقدم.

وبذلك يظهر، وجه النظر فى قول المستمسك:

إن المدار فى كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى، والغرض هو الملكيه لا السبب المعين، فالعمده فى عدم حجيه اليد فى المقام عدم الدليل على حجيه اليد، لأن أدله الحجيه منزله على الارتكاز العقلائى وهو يختص بغير هذه الصوره.

{هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما} عند العقد، ولم يكن إلى العلم به سبيل، إذ اللازم فى المرافعات فحص الحاكم عما له مدخليه فى إحقاق الحق لأنه الموضوع لذلك.

{وأما إذا علم} اللفظ {وكان ظاهراً فى الحواله أو فى الوكاله فهو المتبع}، وإن قال أحدهما إنه حين التلفظ لم يرد مفاده، بل أراد غير ظاهره، إذ الإنسان مأخوذ بظاهر كلامه، وإلا لملك كل إنسان أن ينكر أن مراده ظاهر لفظه فى الأقارير وما أشبه، مع أنه خلاف المتيقن من سيره المتشرعه التى أمضاها الشارع، حيث لم يردع عنها، فإذا قال له: علىّ ألف درهم، أو قد طلقت زوجتى، أو أنها تطلب النفقه منى أو ما أشبه، أخذ بظاهر كلامه، ولم يقبل أنه أراد غير الظاهر من

ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا فى أنه حواله أو وكاله، فربما يقال: أنه يقدم قول مدعى الحواله

هذه الجمل، مثل حذف جمله شرطيه فى الأول بأن قدر (إن اقرضنى) وإراده إعطائها الاختيار والإطلاق فى الثانى، وحذف لفظه: (فى المستقبل) فى الثالث، إلى غير ذلك.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: لو جرى بين اثنين لفظ الحواله مع العقد، فإن كان قال له: أحلتك بالمائه التى لك علىّ على زيد، فهذا لا يحتمل إلا حقيقه الحواله، فالقول قول مدعيها قطعاً، كما فى التذكره والتحرير، انتهى.

فإن مراده بـ (لا يحتمل) من جهه الظهور لا النصوصيه، ولما ذكرناه فى وجه قول المصنف سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

{ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا فى أنه حواله أو وكاله، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحواله} كما عن التحرير وجامع المقاصد وتبعهما الجواهر، واستدل له ثانيهما: بما نبه عليه فى محكى التذكره من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينه إذا أراد المجاز، فالتجرد دليل إراده الحقيقه، وإلاّ لزم الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفه للأصل، ثم ذكر أنه إذا لم يقدم قول مدعى الحواله لزم القدح فى جميع أبواب البيع والصلح والإقرار والنكاح وغيرها.

أقول: وكأنه أراد إن عدم القدح فيها مقتضى السيره الواصله من الشارع، فلزم أن يكون المقام كذلك.

لأـن الظاهر من لفظ أحلت هو الحواله المصـطلحه، واسـتعماله فى الوكاله مجاز فيحمل على الحواله، وفيه منع الظهور المـذكور، نعم لفظ الحواله ظاهر فى الحواله المصطلحه، وأما ما يشتق منها كلفظ

والمصـنف ذكر نصف الاسـتدلال، أى الصـغرى، وأحـال الكبرى على وضوحهـا، قـال: {لأـن الظـاهر من لفظ أحلت هو الحواله المصطلحه واستعماله} أى لفظ: أحلت {فى الوكاله مجاز، فيحمل على الحواله} لما تقدم من السيره ونحوها.

ومقابل قول من يقول بتقديم قول مدعى الحواله قول الشـيخ فى محكى المبسوط وجماعه على ما نسـبه إليهم المسالك، وتبعهم القواعد، فقالوا بتقديم قول المحيل.

واسـتدل له فى الأـخير بـأنه أعرف بلفظه وقصـده، واعتضـاده بالأصـل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيـل، لكن تردد أخيراً فقـال: ويحتمـل تصـديق المسـتحق عملاًـ بشـهاده اللفظ، كما أن التردد محكى عن التـذكره والشـرائع والكفايه، وقد أطال المسالك فى تصحيح كلام الشيخ وردّ جامع المقاصد.

ومما تقدم ظهر أن القائلين بتقديم قول المحيل لم يستشـكلوا فى ظهور لفظ (أحلت)، بل استشكلوا من جهه الأصل، وأنه أعرف بنيته.

فقول المصنف: {وفيه منع الظهور المذكور} محل منع، ولذا قال ابن العم: لا يبعد ظهوره فى الحواله المصطلحه، وقال الوالد: إن (ربما يقال) هو الأظهر، وإن سكت على المتن جماعه منهم السيدان البروجردى والجمال.

{نعم لفظ الحواله ظاهر فى الحواله المصطلحه، وأما ما يشتق منها كلفظ

أحلت فظهوره فيها ممنوع، كما أن لفظ الوصيه ظاهر فى الوصيه المصطلحه، وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك

أحلت} وإحاله، ولم يرد كل مشتق وإلا يشمل مثل: المحيل، والمحتال، والمحال عليه، مع وضوح ظهورها فى المصطلحه.

{فظهوره فيها ممنوع} لعدم التلازم بين ظهور المبدأ وظهور المشتق، فهو مثل صحه استعمال أحدهما دون الآخر فى بعض المجالات، مثلاً ورد فى القرآن الحكيم:(وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْماءَ)((۱)) و)أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ)((۲)) و)يُضِلُّ مَنْ يَشاءُ)((۳))، مع أنه لا يصح إطلاق المعلّم والزارع والمضل بالنسبه إليه سبحانه.

أما ما ذكره المستمسك على قوله (ممنوع) بقوله: فيه نظر، لأن المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له فى ماده الاشتقاق، نعم كان الأولى له أن يمنع أن يكون (أحلتك) مشتقاً من الحواله، فلعله مشتق من التحويل، وحينئذ يتخلص من الإشكال المذكور، إلى آخر كلامه.

فيرد عليه، أولاً: إن التبعيه فى الاشتقاق لا يلزم التلازم فى الظهور.

وثانياً: إن الحواله هى الأصل حتى بالنسبه إلى التحويل، فلا ينفع جعل المشتق منه التحويل.

{كما أن لفظ الوصيه ظاهر فى الوصيه المصطلحه، وأما لفظ (أوصيت) أو (أوصيك بكذا) فليس كذلك}، ولذا قال سبحانه:(يُوصيكُمُ اللَّهُ فى أَوْلادِكُمْ)((۴))

۱- البقره: الآيه ۳۱

۲- الواقعه: الآيه ۶۴

۳- الرعد: الآيه ۲۷

۴- النساء: الآيه ۱۱

فتقديم قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه محل منع.

واستعملت (وصيتى) فى نهج البلاغه فى غير المصطلحه، إلى غير ذلك.

وكيف كان {فتقديم قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه} فيما قال: أحلتك على فلان، {محل منع}، وفى المستمسك: إنه هو المتعين.

أقول: فى كلام المصنف نظر، لعدم تسليم منعه الظهور، وإذا كان ظاهراً أخذ بالظهور إلا أن يثبت خلافه، لما عرفت من أن ذلك مقتضى السيره.

ومنه يعلم أن تجويز المسالك كون لفظ الحواله مشتركاً بينها وبين الوكاله، لا يصحح كلام الشيخ، لأنه على تقدير تسليم الاشتراك ـ وهو غير قابل للتسليم ـ لا ينفع بعد ظهورها فى المصطلحه، فإن صرف الاشتراك لغةً لا يلازم منع الظهور الذى هو المعيار، والله سبحانه العالم.

مسأله ۱۵ لو بان بطلان البیع بعد الحواله

(مسأله ۱۵): إذا أحال البائع من له علیه دین علی المشتری بالثمن، أو أحال المشتری البائع بالثمن علی أجنبی بریء أو مدیون للمشتری ثم بان بطلان البیع بطلت الحواله فی الصورتین لظهور

(مسأله ۱۵): {إذا أحال البائع من له علیه دین علی المشتری بالثمن} الذی یطلبه البائع من المشتری، وکذا لو أحال المؤجر الذی یطلبه الأجره دائنه علی المستأجر، إلی غیر ذلک کما لو أحالت المرأه دائنها إلی زوجها الذی تطلبه المهر، {أو أحال المشتری البائع بالثمن علی أجنبی بریء أو مدیون للمشتری} حیث إن بناء الحواله فی الأمثله المذکوره علی صحه البیع والإجاره والنکاح، {ثم بان بطلان البیع} وغیره {بطلت} أی ظهر بطلان {لحواله فی الصورتین} المذکورتین فی المتن، کما فی الشرائع والقواعد والمسالک وجامع المقاصد ومفتاح الکرامه والجواهر وغیرها، بل عن الفخر الإجماع علیه.

وکذا یظهر بطلان الحواله فی الصور التی ذکرناها، نعم إذا ظهر بطلان النکاح وقد دخل بها من دون علم منها ببطلان النکاح استحقت المهر بسبب الدخول، وإن لم تستحق بسبب النکاح، فلا تبطل الحواله، لأنها تطلب منه المهر.

أما إذا کانت عالمه بالبطلان ومع ذلک أعطته نفسها کانت زانیه ولا مهر لبغی فتبطل الحواله أیضاً.

وإنما تبطل الحواله فی الصور المذکوره {لظهور

عدم اشتغال ذمه المشترى للبائع، واللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال، هذا فى الصوره الثانيه.

وفى الصوره الأولى وإن كان المشترى محالاً عليه ويجوز الحواله على البرىء إلا أن المفروض إراده الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته، فهى فى الحقيقه حواله على ما فى ذمته لا عليه

عدم اشتغال ذمه المشترى للبائع} وعدم اشتغال ذمه المستأجر للمؤجر، والرجل للمرأه.

نعم إذا استفاد المستأجر من الدار مع بطلان الإجاره كانت الحواله صحيحه أيضاً، وكذلك إذا استفاد المشترى من المبيع بيعاً باطلاً، إذ البطلان لا يوجب عدم الضمان، لقاعده اليد والاستيفاء، فمرادهم صوره عدم الاستيفاء.

{واللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال} كما علل البطلان بهذه العله غير واحد منهم {وهذا فى الصوره الثانيه} أى ما ذكره بقوله: أو أحال المشترى إلخ.

{وفى الصوره الأولى} ما إذا أحال البائع على المشترى {وإن كان المشترى محالاً عليه ويجوز الحواله على البرىء} كما اخترناه فى بعض المسائل السابقه {إلا أن} مقتضى كون العقود تتبع القصود، ولا قصد للحواله حقيقه، فلا حواله، بالإضافه إلى أن {المفروض إراده} البائع {الحواله عليه} على المشترى {من حيث ثبوت الثمن فى ذمته} أى ذمه المشترى {فهى فى الحقيقه حواله على ما فى ذمته} ذمه المشترى {لا عليه} حتى يكون من الحواله على البرىء، لكن ربما يمنع كلا الإشكالين.

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك

أما الأول: فلأنه إنما تبطل الحواله إذا كان من قبيل التقييد، لا من قبيل تخلف الداعى، وإلا لم يكن وجه للبطلان، كما لا تبطل سائر العقود والإيقاعات إذا تخلف الداعى فيها.

وأما الثانى: فلأنه لا معنى للحواله على ما فى الذمه، فقد سبق فى تعريف الحواله أنها نقل ذمه إلى ذمه، منتهى الأمر أن المحال عليه لو كان مشغول الذمه للمحيل كانت الحواله استيفاءً من المحيل لدينه، بخلاف ما إذا كان المحال عليه بريئاً.

ومنه يعلم عدم وجه لسكوت جمله من المعلقين أمثال الساده الوالد والبروجردى وابن العم وغيرهم على المتن، وإن أشكل عليه السيدان الجمال والحكيم وغيرهما، قال ثانيهما: فيه إن الحواله نقل الدين إلى ذمه المحال عليه لا إلى ما فى ذمته.

نعم قد يلحظ ما فى ذمته قيداً للتحويل، وقد يلحظ داعياً، وقد لا يلحظ أصلاً، وفى الأول تبطل الحواله بفقده لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، ولا تبطل فى الأخيرين لانتفاء المقتضى.

أقول: وقد يكون ما فى ذمته مصباً، وهو مثل القيد فى البطلان، إذ لا مصب، كما تقدمت الإشاره إلى ذلك فى بعض المسائل السابقه.

{ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض} للمحال من المحال عليه {ويكون المقبوض باقياً على ملك

المشترى فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال فى الصوره الأولى، وعلى البائع فى الثانيه.

المشترى} أى فى الصوره الأولى، وعلى ملك البرىء أو مديون المشترى فى الثانيه، كما فى تعليقه الوالد، فإنه إذا أحال المشترى البائع على البرىء يكون المقبوض باقياً على ملك البرىء، فله الرجوع به، وإذا تلف جاز له الرجوع على كل من المحيل والمحتال ليأخذ بدله.

{فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال} لأنه القابض ما ليس له {فى الصوره الأولى، وعلى البائع فى الثانيه} لأنه القابض لما ليس له.

ثم من سوق الكلام فى البائع والمشترى تعرف كيفيه سوقه فى المؤجر والمستأجر وغيرهما، مما ألمعنا إليه فى أول المسأله، لوحده الدليل فى الكل.

وإذا تلف البعض، فهل الرجوع بقدر نفس ذلك البعض، أو بقدر ما تلف عليه، إذا كانت قيمه البعض تختلف بالانضمام وعدمه كمصراعى الباب والحذاء، المسأله مرتبطه بباب الغصب، ولذا فلا حاجه إلى إطاله الكلام فيه هنا.

مسأله ۱۶ انفساخ البیع بالخیار بعد الحواله

(مسأله ۱۶): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهین ثم إنفسخ البیع بالإقاله أو بأحد الخیارات فالحواله صحیحه، لوقوعها فی حال اشتغال ذمه المشتری بالثمن، فیکون کما لو تصرف أحد المتبایعین فی ما انتقل إلیه ثم حصل الفسخ، فإن التصرف لا یبطل بفسخ البیع، ولا فرق بین أن یکون الفسخ قبل قبض مال الحواله أو بعده

(مسأله ۱۶): {إذا وقعت الحواله بأحد الوجهین} ذکر فی أول المسأله الخامسه عشر.

{ثم انفسخ البیع بالإقاله أو بأحد الخیارات} حیث اختار من له الخیار الفسخ، ومنه یعلم حال ما إذا حصل الانفساخ فی البعض، حیث إن ذلک یؤثر فی عدم تمامیه کل الحواله، مثلاً کانت الحواله بمائه، فإذا بطل نصف البیع أثر فی نصف الحواله {فالحواله صحیحه} لشمول الأدله لها بدون محذور فی بقائها {لوقوعها فی حال اشتغال ذمه المشتری بالثمن}، نعم لو کانت الحواله مقیده بالمدیونیه للمشتری، أو کون ذلک مصباً، بطلت لذهاب الحکم بذهاب موضوعه أو بذهاب قیده.

أما إذا کانت مشروطه حق له الفسخ أخذاً بالشرط، {فیکون کما لو تصرف أحد المتبایعین فی ما انتقل إلیه ثم حصل الفسخ} للبیع بالإقاله أو الخیار {فإن التصرف لا یبطل بفسخ البیع} کما قرر فی بحث الخیارات.

{ولا فرق بین أن یکون الفسخ قبل قبض مال الحواله أو بعده} لأن الدلیل

فهى تبقى بحالها ويرجع البائع على المشترى بالثمن، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان فى الصوره الثانيه، وهى ما إذا أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبى، لأنها تتبع البيع فى هذه الصوره، حيث إنها بين المتبايعين بخلاف الصوره الأولى، ضعيف

المتقدم فى عدم ضرر ذلك بالحواله شامل لكلتا الصورتين {فهى} أى الحواله {تبقى بحالها ويرجع البائع} المحيل {على المشترى بالثمن} لأن البائع قد قبض الثمن من المحال عليه، فاللازم عليه أن يرد الثمن بعد بطلان البيع.

{وما عن الشيخ} فى المبسوط {وبعض آخر} وهم أصحاب الإيضاح وجامع المقاصد ومجمع البرهان على ما حكى عنهم {من الفرق بين الصورتين، والحكم بالبطلان فى الصوره الثانيه، وهى ما إذا أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبى} بل فى مفتاح الكرامه: إن البطلان هو مذهب كل من قال إن الحواله استيفاء {لأنها تتبع البيع فى هذه الصوره، حيث إنها بين المتبايعين} فإذا بطل البيع بطلت الحواله.

{بخلاف الصوره الأولى} وهى ما إذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن، فإنها لاتبطل، {ضعيف} لعدم الفارق بين الصورتين، فاللازم إما بطلان الحواله فيهما، أو صحه الحواله فيهما، لأن الحواله فى الصوره الأولى وقعت من البائع على الثمن، وفى الصوره الثانيه وقعت من المشترى بالثمن، فإن كان بطلان الثمن لفسخ المعامله موجباً لبطلان الحواله لزم بطلانها فى كلتا الصورتين، وإن لم

والتبعيه فى الفسخ وعدمه ممنوعه

يكن بطلان الثمن موجباً لبطلان الحواله لم تبطل الحواله فى كلتا الصورتين.

وكأنه لذا تردد المحقق فى الشرائع والعلامه فى الإرشاد فى البطلان، ونقل مفتاح الكرامه التردد عن التحرير والتذكره وغايه المراد والمسالك.

{والتبعيه} أى تبعيه الحواله للبيع {فى الفسخ وعدمه} فإذا فسخ البيع بطلت الحواله، وإن بقى البيع بقيت الحواله {ممنوعه} إذ الحواله تكون على الذمه لا على المال والذمه باقيه.

نعم إذا كان الثمن مأخوذاً مصباً أو قيداً بطلت الحواله، لأنه لا مال بعد الفسخ.

أما إذا أخذ الثمن شرطاً، كان له الفسخ للحواله باعتبار تخلف الشرط، وإذا أخذ داعياً، أو لم يلحظ أصلاً لم يكن وجه لبطلان الحواله.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: المال مأخوذ قيداً تارةً، وداعياً أخرى، وغير ملحوظ ثالثه، والتبعيه تختص بالصوره الأولى لا غير، وفيها أيضاً لا تبعيه فى الفسخ، انتهى.

يرد عليه أولاً: إنه لم يذكر الشرط والمصب مع أنهما اعتباران يختلف الحكم حسبهما باعتبار أن العقود تتبع القصود.

وثانياً: إن التبعيه ليست خاصه بصوره واحده فقط.

وثالثاً: إنه لا بد من القول بالتبعيه فى الفسخ فى القيد، لأن المقيد عدم عنه عدم قيده.

ومما تقدم يظهر وجه التأمل فى كلام الشرائع، حيث فصل بين الموضعين، قال:

إذا أحال المشترى البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحواله لأنها تتبع البيع وفيه تردد، أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشترى ثم فسخ المشترى بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحواله، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، انتهى.

إذ لا فرق بين الصورتين، سواء فيما أخذ الثمن مصباً أو قيداً، أو شرطاً أو داعياً، أو غير ملحوظ فى الانفساخ فى الأولين، وعدمه فى الأخيرين، ومراعى فى الأوسط، كما يظهر وجه التأمل فى قول المحقق بعد ذلك، ولو ثبت بطلان البيع ـ أى من أصله لا من الفسخ ـ بطلت الحواله فى الموضعين، انتهى.

إذ اللازم نفس ذلك التفصيل بين المصب والقيد وغيرهما هنا أيضاً، ولا يقف أمام هذا التفصيل الذى ذكرناه قول الجواهر فى تعليل كلام الشرائع بقوله: لظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه، وإن قلنا بجواز الحواله على البرىء فإن الفرض إراده الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته، فهى حواله على ما فى ذمته لا عليه، انتهى.

إذ لماذا فرض كون الحواله هنا مقيده أو جعل الثمن مصباً، ولم يفرض ذلك فى الصورتين المتقدمتين، مع أن عقد الحواله يمكن تصوره على كل الأنحاء الخمسه فى كل فروض الشرائع الثلاثه.

نعم هى تبع للبيع حيث إنها واقعه على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين، وربما يقال: ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض، والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معامله مستقله لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع

{نعم هى تبع للبيع حيث إنها واقعه على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين} وإن حاول المستمسك جعل الفرق بينهما بما ليس بفارق {وربما يقال} والقائل العلامه فى القواعد والتذكره {ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى} الحواله على حالها بعد الفسخ أيضاً {إن قلنا إنها اعتياض} قال كما فى الأولى بما لفظه:

ولو احتال البائع ثم ردت السعله بعيب سابق، فإن قلنا إن الحواله استيفاء بطلت لأنه نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحاً، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب.

{والأقوى البقاء} للحواله {وإن قلنا إنها استيفاء} بالمعنى الأعم، وبذلك يظهر وجه النظر فى قول السيد الجمال كون الدعوى المذكوره خروجاً عن الفرض، ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر {لأنها معامله مستقله} فليس إيفاءً مجرداً حتى تبطل الحواله ببطلان البيع، بل هى {لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع} بل ولو لم تكن الحواله لازمه كان الأمر كذلك، فقوله (لازمه) من باب بيان الحقيقه، لا من باب توقف عدم البطلان عليه.

وليس حالها حال الوفاء بغير معامله لازمه، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسره

{وليس حالها حال الوفاء بغير معامله لازمه} حتى ترتبط بالبيع {كما} مثال (ليس) {إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً}.

أقول: الشيء الآخر قد يكون بينه وبين الثمن نوع قريب كالحيوان المدرب والحيوان غير المدرب، وقد يكون بينهما نوع بعيد كالشجر والحجر، وكلاهما يصلح وفاءً إذا لاحظ الماليه دون الخصوصيه، فإنه إذا لوحظت الخصوصيه كان فى كليهما اعتياض، وإذا لوحظت الماليه كان فى كليهما وفاء، فقول المستمسك: فى كون ذلك من الوفاء إشكال، لأن الوفاء أرادها فى الذمه والجنس الآخر أجنبى عما فى الذمه فلا يكون أداءً له، نعم إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح المكسره يمكن تنازل المشترى عن الوصف فيدفع غير الموصوف، كالصحيح بدل المكسور، فيكون الوفاء بالنسبه إلى الذات، وهذا المعنى لا يأتى مع اختلاف الذات، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد ظهر أن الاختلاف بقصدهما الماليه أو مع الخصوصيه، ففى الأول يكون كلاهما وفاءً، وفى الثانى يكون كلاهما اعتياضاً.

{حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسره} التى وقع عليها البيع.

فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه، بل يتبع البيع فى الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث إن الحواله عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

لا يقال: بل اللازم أن يرجع إليه الدراهم المكسره، لأن المعطى أعرض عن صفه الصحه عند إعطاء الصحيحه، فالذى يطلب منه بعد الفسخ المكسره فقط، أى بدون صفه الصحه، وكذلك إذا أعطاه دابه غير معلمه مكان الدابه المعلمه ورضى به المشترى، لأن الصفه سقطت بالإعراض.

لأنه يقال:

أولاً: الفسخ يجعل البيع كأن لم يكن، فيرجع كل شىء إلى صاحبه.

وثانياً: كان الاعراض مقيداً، فإذا ذهب القيد ذهب الاعراض.

ولا يقال: إنه كالإبراء لا يمكن الإرجاع فيه.

لأنه يقال: حيث كان القيد اعتباراً عقلائياً وأنهم يرون الرجوع حيث الفسخ لم يكن كالإبراء، فإن الشرع فى المعاملات أمضى العقلائيات إلا ما استثنى، وليس المقام من المستثنى، إذ لا دليل على الاستثناء.

{فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه، بل يتبع البيع فى الانفساخ} فيرجع كل شىء إلى حاله ما قبل البيع {بخلاف ما نحن فيه} من الحواله {حيث إن الحواله عقد لازم، وإن كان نوعاً من الاستيفاء}.

ثم إذا قبض المحتال المال ثم ظهر بطلان البيع رجع المحال عليه على المحتال بعين ماله إن كانت موجوده، وببدلها إن كانت تالفه لقاعده «على اليد»((1)).

وللمسأله فروع تظهر مما ذكر.

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۲ الباب ۱ من أبواب الوديعه الحديث ۱۲

مسأله ۱۷ لو أحال على ما عند وكيله

(مسأله ۱۷): إذا كان له عنـد وكيله أو أمينه مال معين خارجى، فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده، فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه، وإن لم يكن من الحواله المصطلحه، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته

(مسأله ۱۷): {إذا كـان له عنـد وكيله أو أمينه مال معين خارجى فأحال دائنه عليه ليـدفع إليه بما عنـده فقبل المحتال} إذ يحق له أن لا يقبل، لأنه مقتضـى تسـلطه على نفسه وماله، {والمحال عليه} إذ يحق له أن لا يقبل لأنه مكلف بـدفعه إلى المالك، لا إلى من أحاله عليه، فإن جبره أن يدفعه إلى المحتال خلاف سلطنته على نفسه.

{وجب عليه الدفع إليه} الظاهر أن قبول الوكيل الدفع إلى المحتال لا يسـقط سلطنته على نفسه، إذ القبول ليس عقداً لازم الوفاء، فللوكيل بعد أن قبل أن يرجع من قبوله، ويدفعه إلى نفس المحيل، ولذا أشـكل المسـتمسك فى وجوب ذلك قال: وكما يمكن الفرار عن التصرف فى المال بغير إذن مالكه بالدفع إلى المحتال يمكن بإرجاعه إلى المالك.

نعم إذا تعذر الدفع إلى المالك حينئذ وجب الدفع إلى المحتال، لئلا يلزم التصـرف فى مال المالك بغير إذنه، وحينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحواله.

{وإن لم يكن من الحواله المصطلحه} لأنه ليس انتقال الدين من ذمه إلى ذمه.

{و} حينئذ {إذا لم يدفع} المحال عليه المال إلى المحتال {له الرجوع على

ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخساره الوارده عليه مستنداً إليه للغرور.

المحيل لبقاء شغل ذمته} بل له الرجوع وإن استعد المحال عليه الدفع، إذ قد تقدم أن القبول لا يسبب اللزوم، لأنه ليس بعقد لازم الوفاء.

{ولو لم يتمكن} المحتال {من الاستيفاء منه} أى من المحيل بعد أن أحاله {ضمن الوكيل المحال عليه} فللمحتال إجباره، وإن لم يكن فالتقاص منه، {إذا كانت الخساره الوارده عليه} على المحتال {مستنداً إليه} إلى المحال عليه {للغرور} فإن المحال عليه حيث قبل إعطاء المحتال المال، كان غاراً له، فإنه إذا لم يكن قبل أجبر المحتال المحيل على الدفع، فقبول الوكيل تغرير، والمغرور يرجع إلى من غر، فهو مثل ما إذا قبل المحال عليه وسافر أو مات المحيل مما أوجب تعذر الرجوع عليه.

وهذا هو الذى أيده غالب المعلقين بالسكوت على المتن، كالساده الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم، وإن أشكل عليه السيد الجمال بأن التشبث بقاعده الغرور ضعيف غايته، وفيه ما تقدم، ولذا قال المستمسك: قاعده الغرور شامله للمقام، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لا يمنع من صدق الغرور، فإن الغرور لم يكن مستنداً إلى وجوب الوفاء، بل مستنداً إلى الثقه بالوفاء بالوعد، انتهى.

أما ما أشكل على المتن بعض المعلقين من الاغتشاش فى هذه المسأله،

ففيه: إنها كسائر المسائل التى تختلف أنظار الفقهاء فيها، فلا ترمى بالاغتشاش، وإنما باختلاف النظر.

والله سبحانه العالم.

والحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين.

قم المقدسه

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

ص:۳۴۸

المحتويات

المحتويات

كتاب الضمان

۵ _ ۲۴۲

مسأله ۱ _ لا يشترط العلم بمقدار الدين..... ۴۳

مسأله ۲ _ الضمان بضم الذمم..... ۵۳

مسأله ۳ _ إذا أبرأ المضمون له..... ۵۶

مسأله ۴ _ الضمان لازم..... ۵۹

مسأله ۵ _ اشتراط الخيار فى الضمان..... ۶۵

مسأله ۶ _ لو تبين كون الضامن مملوكا..... ۶۹

مسأله ۷ _ ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا..... ۷۰

مسأله ۸ _ إذا ضمن الدين الحال مؤجلا..... ۷۴

مسأله ۹ _ إذا مات الضامن فحل دينه..... ۷۶

مسأله ۱۰ _ إذا ضمن الدين المؤجل حالا..... ۷۸

مسأله ۱۱ _ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله..... ۸۱

مسأله ۱۲ _ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه..... ۸۳

مسأله ۱۳ _ إذا أدى الضامن رجع إلى المضمون عنه..... ۸۷

مسأله ۱۴ _ لو أخذه المذمون له ثم وهبه..... ۹۵

مسأله ۱۵ _ لو باعه أو صالحه بالأقل..... ۹۸

مسأله ۱۶ _ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن..... ۱۰۱

مسأله ۱۷ _ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنی..... ۱۰۴

مسأله ۱۸ _ إذا ضمن تبرعا..... ۱۰۷

مسأله ۱۹ _ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن..... ۱۰۸

مسأله ۲۰ _ ضمان الدین بأقل منه..... ۱۰۹

مسأله ۲۱ _ جواز الضمان بغیر جنسی..... ۱۱۲

مسأله ۲۲ _ الضمان بشرط الرهان..... ۱۱۳

مسأله ۲۳ _ هل يفک الرهن بالضمان..... ۱۱۷

مسأله ۲۴ _ اشتراط الضمان فی مال معين..... ۱۱۹

مسأله ۲۵ _ لو أذن المولی لمملوکه فی الضمان..... ۱۲۷

مسأله ۲۶ _ ضمان اثنين عن واحد..... ۱۲۸

مسأله ۲۷ _ لو ضمن کل مديون صاحبه..... ۱۳۶

مسأله ۲۸ _ هل يشترط علم الضامن..... ۱۴۵

مسأله ۲۹ _ لو قال: علی ما تشهد به البينه..... ۱۵۳

مسأله ۳۰ _ جواز الدور فی الضمان..... ۱۵۷

مسأله ۳۱ _ لو کان المديون فقيرا..... ۱۵۹

مسأله ۳۲ _ الضمان للحاکم عن من عليه الخمس..... ۱۶۲

مسأله ۳۳ _ إذا ضمن فی مرض موته..... ۱۶۵

مسأله ۳۴ _ إذا اعتبر مباشره المديون..... ۱۶۷

مسأله ۳۵ _ ضمان نفقه الزوجه..... ۱۷۰

مسأله ۳۶ _ جواز ضمان مال الکتابه..... ۱۷۸

مسأله ۳۷ _ ضمان مال الجعاله..... ۱۷۹

مسأله ۳۸ _ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه..... ۱۸۴

مسأله ۳۹ _ ضمان درک الثمن للمشتری..... ۱۹۳

مسأله ۴۰ _ لو ظهر بعض المبيع مستحقا..... ۲۰۲

مسأله ۴۱ _ ضمان ما يحدثه المشتری..... ۲۰۴

مسأله ۴۲ _ لو قال: ألق متاعک فی البحر..... ۲۱۱

ص:۳۵۰

تتمه..... ۲۱۸

مسأله ۱ _ صور اختلاف المضمون له وعنه..... ۲۱۹

مسأله ۲ _ لو اختلف الضامن والمضمون له..... ۲۲۲

مسأله ۳ _ لو اختلفوا فی الإذن وعدمه..... ۲۲۵

مسأله ۴ _ إذا أنكر الضامن الضمان..... ۲۲۹

مسأله ۵ _ لو ادعی الضامن الوفاء..... ۲۳۷

مسأله ۶ _ لو أذن المديون لغيره فی وفاء دينه..... ۲۳۹

كتاب الحواله

۲۴۳ _ ۳۴۸

مسأله ۱ _ المال المحال به عين أو غيرها..... ۲۸۴

مسأله ۲ _ الحواله تبرئ ذمه المحيل..... ۲۸۷

مسأله ۳ _ لا يجب قبول الحواله..... ۲۹۳

مسأله ۴ _ الحواله لازمه..... ۲۹۴

مسأله ۵ _ الحواله علی البرىء..... ۳۰۲

مسأله ۶ _ جواز اشتراط خيار الفسخ..... ۳۰۵

مسأله ۷ _ جواز الدور والترامی..... ۳۰۶

مسأله ۸ _ لو تبرع الأجنبی بإعطاء الدين..... ۳۰۸

مسأله ۹ _ لو اختلفا..... ۳۱۰

مسأله ۱۰ _ مطالبه العوض..... ۳۱۸

مسأله ۱۱ _ ۱۲ _ ۱۳ _ ثلاث مسائل..... ۳۲۴

مسأله ۱۴ _ لو اختلفا فی أنها حواله أو وکاله..... ۳۲۶

مسأله ۱۵ _ لو بان بطلان البیع بعد الحواله..... ۳۳۵

مسأله ۱۶ _ انفساخ البیع بالخیار بعد الحواله..... ۳۳۹

مسأله ۱۷ _ لو أحال علی ما عند وکیله..... ۳۴۶

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ۱۴۲۶ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين في الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسک kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.

مركز القائمية للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبهان
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹